

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

VIVIAN VON HERTWIG FERNANDES DE OLIVEIRA

**A POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA AO TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL: O
TRATAMENTO JURÍDICO DO TRAFICANTE COMO EXPRESSÃO
DE DIREITO PENAL DO INIMIGO**

CURITIBA

2014

VIVIAN VON HERTWIG FERNANDES DE OLIVEIRA

A POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA AO TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL: O
TRATAMENTO JURÍDICO DO TRAFICANTE COMO EXPRESSÃO
DE DIREITO PENAL DO INIMIGO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Clara Maria Roman Borges

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

VIVIAN VON HERWIG FERNANDES DE OLIVEIRA

A POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA AO TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL: O
TRATAMENTO JURÍDICO DO TRAFICANTE COMO EXPRESSÃO
DE DIREITO PENAL DO INIMIGO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em
Direito Público no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná,
pela seguinte banca examinadora:

ORIENTADORA: _____

Prof.^a Dr.^a Clara Maria Roman Borges

Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha

Prof. Dr. Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior

Curitiba, 12 de março de 2014

Aos meus pais, por tudo.

Ao Bruno, pelo amor, apoio e compreensão.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de expressar minha gratidão a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, acompanharam-me ao longo desta jornada, contribuindo profundamente, seja pelo estímulo intelectual, seja pelo suporte emocional, para a concretização do presente trabalho.

Inicialmente, agradeço à minha orientadora, Professora Doutora Clara Maria Roman Borges, por quem tenho grande admiração, não apenas pela colaboração direta na construção da dissertação, por meio de conselhos, sugestões, críticas, correções, mas pelo apoio e pelo incentivo durante todo o curso de mestrado. Suas instigantes reflexões, bem como o aprendizado proporcionado, foram fundamentais para o amadurecimento das concepções aqui expostas.

Aos demais professores e colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, que proporcionaram, por meio do contínuo intercâmbio de ideias e do embate dos mais diversos pontos de vista, um significativo enriquecimento intelectual e pessoal.

Aos meus amigos e familiares, particularmente à Tatiana e à Holly, pelo apoio, pela paciência, pela compreensão e pela companhia constante nessa trajetória.

Agradeço ainda, especialmente, ao Bruno, por estar ao meu lado em todos os momentos, torcendo e me incentivando na busca pelos meus sonhos. Você potencializa a felicidade e reduz os grandes obstáculos a dificuldades passageiras.

Por fim, aos meus pais, Cássia e Alberto, pelo amor incondicional, pelo suporte emocional e pelo exemplo de vida. Com vocês, aprendi que o esforço e a dedicação permitem alcançar até os sonhos mais distantes. Obrigada por tudo, pelo incentivo, pelo carinho, pelo conforto nos momentos difíceis e pelas imensas alegrias. À minha mãe, ainda, agradeço pelas inúmeras leituras e revisões deste texto, suas observações certamente o engrandeceram.

RESUMO

Os indivíduos imputados pela prática do crime de tráfico de drogas no Brasil, identificados em discursos autoritários como inimigos da sociedade, encontram-se submetidos a um tratamento jurídico extremamente rigoroso, marcado pela antecipação da punibilidade, cominação de penas bastante elevadas e minimização de garantias penais e processuais. Com o objetivo de demonstrar que tal tratamento jurídico pode ser considerado expressão de direito penal do inimigo, voltado à neutralização da suposta periculosidade de seus destinatários, realiza-se inicialmente um estudo acerca da noção de inimigo no direito penal. A partir da admissão da existência material de manifestações de direito penal do inimigo nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, são examinadas algumas das principais críticas que lhe são dirigidas. Na sequência, centra-se a análise na identificação discursiva do traficante de drogas como inimigo da sociedade, apontando que tal identificação resultou de construções discursivas histórico-sociais condicionadas por inúmeros fatores. Em seguida, examina-se o tratamento jurídico diferenciado dirigido aos traficantes de drogas no Brasil, ressaltando certos aspectos que permitem percebê-lo como direito penal do inimigo e salientando que o sistema penal brasileiro concentra sua atuação sobre os setores menos significativos do tráfico. Finalmente, no último capítulo, critica-se a atual política criminal brasileira de guerra às drogas, apontando seu fracasso no objetivo declarado de erradicação do comércio e consumo ilegais de drogas, e faz-se uma análise dos graves efeitos negativos decorrentes do proibicionismo e da adoção de um direito penal do inimigo voltado aos traficantes, destacando-se a necessidade de reflexão acerca da implementação de políticas diferenciadas de controle sobre as drogas.

Palavras-chave: Tráfico de drogas. Guerra às drogas. Política criminal de drogas. Direito penal do inimigo. Tratamento penal diferenciado.

ABSTRACT

The individuals charged of drug trafficking in Brazil, identified in authoritarian discourses as society's enemies, are subjected to an extremely rigorous legal treatment, characterized by anticipation of punishment, imposition of really heavy penalties and minimization of criminal and procedural guarantees. In order to demonstrate that such treatment can be considered as expression of criminal law of the enemy, aimed at neutralizing its recipients' alleged dangerousness, this dissertation initially studies the notion of enemy in criminal law. Based on the admission of the material existence of criminal law of the enemy expressions in contemporary legal systems, it examines some of the main criticisms to which it is subjected. Further, the analysis focuses on the discursive identification of the drug dealer as a society's enemy, pointing out that such identification resulted from social-historical discursive constructions conditioned by numerous factors. Then, it examines the differential legal treatment aimed at drug dealers in Brazil, highlighting certain aspects that allow its perception as criminal law of the enemy and stressing that Brazilian criminal justice system focuses its attention on the least significant sectors of trafficking. Finally, the last chapter criticizes Brazilian current drug war criminal policy, pointing its failure in the declared goal of eradicating illegal trade and consumption of drugs, and analyses the serious negative effects derived from prohibition and from the adoption of a criminal law of the enemy aimed at traffickers, highlighting the need for reflection on the implementation of differentiated drug control policies.

Keywords: Drug trafficking. Drug war. Criminal drug policy. Criminal law of the enemy. Differential penal treatment.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O INIMIGO NO DIREITO PENAL.....	12
2.1 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO EM JAKOBS	13
2.1.1 O tratamento penal diferencial do inimigo	15
2.1.2 Pretensos fundamentos filosóficos do direito penal do inimigo	20
2.2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO A TERCEIRA VELOCIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL	28
2.3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO CONTEXTO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL.....	30
2.4 A CONSTÂNCIA DA NOÇÃO DE INIMIGO COMO FUNDAMENTO PARA A APLICAÇÃO DE UM TRATAMENTO PUNITIVO DIFERENCIADO	36
2.5 A LEGITIMAÇÃO DO TRATAMENTO DIFERENCIAL AO INIMIGO NO DISCURSO PENAL-CRIMINOLÓGICO	41
2.6 CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO	47
2.6.1 Quem são os inimigos?	49
2.6.2 A ruína do Estado Democrático de Direito na luta contra os inimigos	54
3 A CONSTRUÇÃO DISCURSIVA DA FIGURA DO TRAFICANTE DE DROGAS COMO INIMIGO DA SOCIEDADE.....	59
3.1 OS DIVERSOS DISCURSOS CONSTRUÍDOS EM TORNO DA QUESTÃO DAS DROGAS.....	60
3.2 A CONCEPÇÃO DO PROIBICIONISMO EM MATÉRIA DE DROGAS.....	66
3.3 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-DISCURSIVA DA FIGURA DO TRAFICANTE DE DROGAS COMO INIMIGO DA SOCIEDADE NOS ESTADOS UNIDOS E SUA EXPORTAÇÃO PARA A AMÉRICA LATINA.....	72
3.4 O CONTROLE DAS DROGAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL: A COOPERAÇÃO PARA A REPRESSÃO DO TRÁFICO ILÍCITO.....	87
3.5 A IDENTIFICAÇÃO DISCURSIVA DO TRAFICANTE DE DROGAS COMO INIMIGO DA SOCIEDADE NO BRASIL	102
4 O TRATAMENTO JURÍDICO DO TRAFICANTE DE DROGAS NO BRASIL COMO EXPRESSÃO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO	115

4.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL CORRELATA ÀS DROGAS	115
4.1.1 A Lei n.º 8.072/90: Lei dos Crimes Hediondos	119
4.1.2 O combate ao crime organizado: as Leis n.º 9.034/95 e 12.850/2013	126
4.1.3 A Lei n.º 10.792/2003: o Regime Disciplinar Diferenciado	129
4.1.4 O Decreto n.º 5.144/2004: a “Lei do Abate”	131
4.2 A LEI N.º 11.343/06.....	134
4.2.1 A necessidade de reforma da Lei n.º 6.368/76 e a Lei n.º 10.409/02.....	134
4.2.2 Aspectos gerais da Lei n.º 11.343/06	136
4.2.3 O tratamento jurídico do traficante de drogas na Lei n.º 11.343/06 como manifestação de direito penal do inimigo	138
4.3 A SELETIVIDADE NA CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA: OS VERDADEIROS INIMIGOS NA GUERRA ÀS DROGAS NO BRASIL	154
4.4 A LÓGICA BÉLICA DE GESTÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA	161
5. A INSUSTENTABILIDADE DA POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA AO TRÁFICO DE DROGAS: A NECESSIDADE DE REFLEXÃO ACERCA DE MODELOS ALTERNATIVOS	165
5.1 O FRACASSO DA GUERRA ÀS DROGAS NA ERRADICAÇÃO DO MERCADO ILEGAL.....	165
5.2 OS CUSTOS SOCIAIS DO PROIBICIONISMO BÉLICO EM MATÉRIA DE DROGAS.....	172
5.3 AS CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO DE UM DIREITO PENAL DO INIMIGO VOLTADO AOS TRAFICANTES DE DROGAS NO BRASIL	181
5.4 A NECESSIDADE DE REFLEXÃO ACERCA DA ADOÇÃO DE MODELOS ALTERNATIVOS DE CONTROLE SOBRE AS DROGAS.....	190
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	205
REFERÊNCIAS.....	208

1 INTRODUÇÃO

No final de novembro de 2010, emissoras de televisão interromperam sua programação regular para divulgar, ao vivo, imagens das operações policiais bélicas realizadas contra traficantes de drogas em favelas do Rio de Janeiro, em resposta a uma série de atos de violência ocorridos no estado.

A ocupação desses territórios, marcada não apenas pela participação de tropas de elite da polícia militar, mas também das Forças Armadas, com a utilização de tanques de guerra, veículos militares blindados e armamento ostensivo, recebeu amplo apoio popular e midiático, sendo noticiada, em várias ocasiões, como a versão materializada do filme “Tropa de Elite”. Chegou-se inclusive a hastear a bandeira nacional como símbolo de retomada do território anteriormente sob poder dos “inimigos”.

Tal contexto de guerra aos traficantes de drogas – percebe-se, pela situação narrada, que a utilização da terminologia militar não constitui simples metáfora - consistiu na fonte de inspiração para as reflexões que desembocaram na construção deste trabalho, desenvolvido a partir de uma perspectiva jurídica, com enfoque para a investigação de aspectos penais, criminológicos e de política criminal relativos ao tráfico de drogas no Brasil.

Adota-se, no país, em conformidade com as diretrizes decorrentes das convenções da Organização das Nações Unidas relativas às drogas, uma política criminal extremamente repressiva no que diz respeito ao tráfico de substâncias psicoativas ilícitas, conformada por discursos autoritários que identificam os traficantes como inimigos da sociedade e que sustentam, em nome da proteção da sociedade, o contínuo recrudescimento da punitividade, ainda que isso implique a violação de direitos fundamentais. Reflexo dessa política criminal de caráter belicista, a atual legislação brasileira referente às drogas prevê um tratamento jurídico bastante diferenciado aos imputados pela prática do crime de tráfico, caracterizado pela previsão de penas rigorosas, pela antecipação da punibilidade e pela minimização de garantias materiais e processuais.

Diante desse quadro, a partir de um estudo crítico de elementos da política criminal e da legislação relativas ao tráfico de drogas no Brasil, a presente dissertação tem como principal escopo identificar o tratamento jurídico dirigido aos

traficantes de drogas no país como expressão de direito penal do inimigo, voltado a neutralizar sua suposta periculosidade. Além disso, procura-se apresentar os graves efeitos negativos desse tratamento penal diferenciado, os quais, somados aos custos sociais do proibicionismo em matéria de drogas, tornam urgente a reflexão acerca de formas alternativas de lidar com a questão das substâncias psicoativas, superando o atual modelo político-criminal.

Ressalte-se que, conforme se sustenta no trabalho, o não reconhecimento formal de um direito penal do inimigo não constitui óbice à existência fática, nas ordens jurídicas dos países ocidentais, de um regramento penal especial com tais características, fundado na negação implícita da condição jurídica de pessoa e na privação de direitos em razão da pretensa periculosidade de seus destinatários, ainda que estes não sejam expressamente designados como “inimigos” ou “não pessoas”.

Diante disso, quando se trata de direito penal do inimigo, para além de criticar a teoria de Jakobs, como se restringem a fazer alguns autores, parece imperioso tentar identificar suas concretas manifestações nos ordenamentos jurídicos e analisar suas consequências, propondo alterações que visem eliminá-lo diante de seus sérios riscos à manutenção do Estado Democrático de Direito, objetivos estes que se pretende alcançar neste trabalho no que diz respeito ao tratamento jurídico dos traficantes de drogas no Brasil.

Buscando promover um adequado desenvolvimento do tema, dividiu-se o texto em quatro capítulos. O primeiro, voltado ao estudo da admissão da noção de “inimigo” no direito penal, inicia-se pelo exame da teoria do direito penal do inimigo de Jakobs e da proposta de Sánchez relativa às três diferentes velocidades no direito penal. Em seguida, considerando que diversos autores admitem a existência de expressões concretas de direito penal do inimigo nos ordenamentos jurídicos positivos, indica-se que a noção de inimigo não apenas vem se expandindo no direito penal e na política criminal de diversas sociedades, mas foi utilizada em inúmeros momentos históricos como fundamento para a imposição de um tratamento punitivo diferenciado, legitimado, em diversas ocasiões, por discursos penais e criminológicos. Apresenta-se, por fim, algumas das principais críticas ao direito penal do inimigo.

O segundo capítulo, por sua vez, centra-se na construção discursiva da figura do traficante de drogas como inimigo da sociedade. Após apresentar diversos

discursos historicamente construídos em torno da questão das drogas, faz-se um estudo da concepção e de determinadas transformações históricas do proibicionismo em matéria de drogas nos Estados Unidos, tendo em vista seus importantes reflexos tanto em nível internacional quanto na política criminal de diversos países, especialmente latino-americanos. Além disso, faz-se uma detida análise das convenções internacionais da Organização das Nações Unidas relativas às drogas, destacando seu extremo rigor no combate ao tráfico ilícito, e examinam-se ainda algumas alterações históricas no tratamento jurídico do tráfico de drogas no Brasil, buscando apontar certos aspectos que contribuíram para a identificação discursiva do traficante como inimigo no âmbito nacional.

O terceiro capítulo está voltado a um estudo detalhado do tratamento jurídico dirigido aos indivíduos imputados pela prática do delito de tráfico de drogas no Brasil. Aborda-se o tratamento constitucional do crime de tráfico, algumas leis ou atos normativos que repercutem na questão das drogas, além da Lei n.º 11.343/06, com algumas indicações de posicionamentos jurisprudenciais, ressaltando certos aspectos que possibilitam a percepção do tratamento jurídico diferenciado dos traficantes como manifestação de direito penal do inimigo. Investiga-se também, com base na atuação seletiva do sistema penal, quem são os indivíduos concretamente selecionados e tratados como inimigos pelas agências de criminalização secundária, fazendo-se referência, ainda, à lógica bélica de gestão da segurança pública no Brasil, que reflete na repressão ao tráfico de drogas.

Finalmente, no último capítulo, tendo como finalidade contribuir para a criação e consolidação de discursos críticos que se opõem à atual política criminal brasileira de combate ao tráfico ilícito, aponta-se para o fracasso da guerra às drogas na erradicação do mercado ilegal e realiza-se uma análise dos custos sociais da criminalização das drogas, intensificados pela repressão bélica, bem como das graves consequências da adoção de um direito penal do inimigo dirigido aos traficantes de drogas. Diante desse panorama, destaca-se a imprescindibilidade de se buscar políticas alternativas de controle sobre as drogas no Brasil, sendo apresentadas as linhas gerais de alguns dos principais modelos atualmente existentes.

2 O INIMIGO NO DIREITO PENAL

Num contexto de contínua expansão do direito penal, visto atualmente por inúmeros setores da população como um efetivo instrumento de proteção contra todos os possíveis males sociais, a lógica de um direito penal beligerante, combatente e voltado à neutralização e/ou eliminação de inimigos parece cada vez mais presente na política criminal¹ contemporânea, chegando ao ponto de vocábulos típicos de guerra passarem a ser utilizados cotidianamente e sem qualquer estranhamento no discurso político-criminal.

Embora no senso comum o termo “inimigo” venha sendo utilizado até com naturalidade para designar aqueles indivíduos considerados perigosos e ameaçadores à ordem social, como se percebe facilmente no discurso midiático, a doutrina majoritária nas ciências penais mostra-se frontalmente contrária à criação de um direito penal diferenciado voltado a inimigos - como sustentado recentemente por Jakobs -, tecendo ferrenhas críticas ao reconhecimento de “não pessoas” punidas essencialmente em razão de sua periculosidade.

No entanto, o não reconhecimento formal de um direito penal do inimigo não impede a efetiva existência material de um direito penal e processual dotado dessas características, ainda que seus alvos de incidência não sejam expressamente designados como inimigos. Com efeito, como se buscará apresentar a seguir, a ideia de inimigo não apenas esteve frequentemente presente no exercício do poder punitivo e na doutrina jurídico-penal, ainda que muitas vezes de forma camuflada²,

¹ De acordo com Zaffaroni e Pierangeli, a política criminal pode ser entendida como “a arte ou a ciência de governo, com respeito ao fenômeno criminal. A política criminal guia as decisões tomadas pelo poder político ou proporciona os argumentos para criticar estas decisões. Cumpre, portanto, uma função de guia e de crítica. Podemos afirmar que *a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos*”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. v. 1. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 125-126). Por sua vez, Nilo Batista conceitua a política criminal, destacando a atual amplitude de seu campo, como o conjunto de “princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação”, abrangendo as políticas de segurança pública, judiciária e penitenciária - que enfatizam, respectivamente, as instituições policial, judicial e prisional. (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 34-35).

² ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 13.

mas vem se ampliando na atual política criminal das sociedades de tal modo que Aponte se refere a um “paradigma do inimigo” em expansão³.

Diante disso, mais do que criticar conceitualmente a proposta de Jakobs, como faz grande parte da doutrina, principalmente no que tange à incompatibilidade dos vocábulos “inimigo” e “não pessoa” com os fundamentos do Estado de Direito, mostra-se imperioso refletir acerca do direito penal do inimigo presente nos ordenamentos jurídico-penais⁴, com foco para o modo de identificação de inimigos e das importantes consequências desse tratamento penal diferencial para o Estado Democrático de Direito.

2.1 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO EM JAKOBS

A primeira referência feita por Jakobs ao direito penal do inimigo, segundo Greco, data de uma conferência realizada em 1985, quando o penalista alemão utilizou-se do binômio direito penal do cidadão/direito penal do inimigo com o intuito de criticar o adiantamento da punição para atingir atos preparatórios, anteriormente à efetiva lesão de bens jurídicos⁵, já que isso ameaçaria a esfera de direitos do cidadão⁶.

Nessa oportunidade, Jakobs analisou diversas normas do direito positivo alemão, interpretando-as de maneira a adequá-las aos princípios do direito penal do cidadão. No que tange à punibilidade da tentativa, por exemplo, o professor alemão buscou restringi-la, afirmando a necessidade de que o autor do fato interviesse na esfera juridicamente protegida da vítima para que houvesse criminalização, sob pena de se estar diante de um direito penal do inimigo. Por sua vez, quando tal

³ APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Gunther Jakobs y los avatares de um derecho penal de la enemistad. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 51, ano 12, p. 9-43, nov./dez. 2004. p. 16.

⁴ Ressalte-se que a temática do direito penal do inimigo, relacionada à guerra ao tráfico de drogas no Brasil, foi trabalhada anteriormente em artigo escrito em coautoria com a Prof. Dra. Clara Maria Roman Borges. (BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. Direito penal do inimigo e a guerra contra o tráfico de drogas no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 57, p. 221-243, 2013. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/34565/21425>>. Último acesso em: 15/01/2014).

⁵ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 56, ano 13, p. 80-112, set./out. 2005. p. 81-83.

⁶ APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano, p. 18.

espécie de interpretação restritiva ou redução teleológica não fosse possível, a norma deveria então ser considerada ilegítima⁷.

Embora tenha afirmado, na ocasião, que o direito penal do inimigo seria legítimo em situações excepcionais, devendo ser mantido segregado do direito penal do cidadão, afirma Greco que, nas discussões travadas após a palestra, Jakobs chegou a declarar sua esperança no avanço do direito constitucional no sentido de impossibilitar a vigência do direito penal do inimigo⁸. Até este momento, portanto, tendo em vista o tom denunciador-crítico em que empregada a expressão, esta não havia desencadeado tantos debates quanto a reintrodução do conceito no final do século, num congresso realizado em Berlim⁹, em que Jakobs o utilizou num tom mais legitimador.

Com efeito, a partir de 1999, segundo Zaffaroni, considerando o avanço da tendência repressora punitivista nas legislações penais das últimas décadas, Jakobs modificou seu posicionamento, passando a sustentar a legitimação¹⁰ parcial do direito penal do inimigo e seu reconhecimento formal como estratégia tática para sua própria contenção, numa espécie de “quarentena penal do inimigo”, nos termos do penalista argentino¹¹. Assim, ao propor a existência de tratamentos penais diferenciados para os cidadãos e para os inimigos, o autor buscava evitar a (maior) contaminação do direito penal de princípios e garantias liberais, voltado aos cidadãos, pelos princípios autoritários do direito penal do inimigo que vinha - e continua - se expandindo.

⁷ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo, p. 83.

⁸ *Ibidem*, p. 83-84.

⁹ APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano, p. 12.

¹⁰ Muito se discute se Jakobs, ao utilizar a expressão direito penal do inimigo, estaria apenas descrevendo a realidade ou também legitimando o reconhecimento deste “ramo” do direito penal. Embora o próprio penalista alemão afirme por diversas vezes que se trata apenas de uma descrição, a maioria dos autores parece entender que o termo é utilizado num sentido legitimador, o que explica a intensa polêmica e as fervorosas críticas dirigidas ao conceito. Com efeito, a insistência de Jakobs no tom meramente descritivo do fenômeno pode ser verificada pela leitura do prólogo à obra “Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas”, em que este faz a seguinte afirmação: “A respeito desse diagnóstico [do aparecimento do indivíduo perigoso, o inimigo, e de seu afastamento enquanto não admite ser incluído numa constituição civil], submetido à discussão há anos, existem diversos posicionamentos (...), raras vezes afirmativos, na maioria das ocasiões críticos, chegando à concepção, surpreendente no âmbito da ciência, de que o diagnóstico dá medo e que sua formulação é indecorosa: certamente, o mundo pode dar medo, e de acordo com um velho costume, mata-se o mensageiro que traz uma má notícia, em face da mensagem indecorosa. Nenhuma palavra a mais sobre isso”. (JAKOBS, Gunther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*. In: _____; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 10). Contudo, no corpo do texto, a intenção legitimadora parece bastante clara.

¹¹ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 156-157.

Com efeito, a já recorrente introdução de fragmentos de direito penal do inimigo no direito penal geral é bastante criticada pelo doutrinador alemão, o qual considera que o entrelaçamento dessas duas “espécies” de direito penal, que acaba possibilitando com que quaisquer autores de crimes sejam tratados como verdadeiros adversários do ordenamento jurídico, destituídos assim das garantias próprias do direito penal liberal, seria ainda mais danoso ao Estado de Direito que o tratamento penal diferenciado dirigido apenas aos inimigos¹².

2.1.1 O tratamento penal diferencial do inimigo

Para desenvolver sua teoria acerca do direito penal do cidadão e do direito penal do inimigo, inspirada em diversas categorias da sociologia de Luhmann, Jakobs parte do pressuposto de que o Estado moderno considera o autor de um crime não um inimigo a ser eliminado, mas um cidadão que contraria a vigência da norma ao cometer a infração penal e que, diante disso, fica sujeito a uma pena cuja função consiste em reafirmar a validade da norma, restabelecendo as expectativas normativas defraudadas com o crime¹³.

Assevera o penalista alemão, inicialmente, que para que uma norma jurídica influa eficazmente numa determinada configuração social, deve haver suficiente segurança cognitiva de que será observada, ou seja, deve haver uma certa confirmação cognitiva da expectativa de que os indivíduos de uma determinada ordem social agirão em conformidade com a norma em suas condutas, não a infringindo, para que esta seja realmente eficaz. Tal raciocínio também seria válido, segundo Jakobs, no que tange à personalidade do autor de um fato punível, que é tratado como pessoa enquanto oferece suficiente garantia cognitiva à expectativa de que, apesar do ato cometido, pautará suas condutas, de maneira geral, com fidelidade ao ordenamento jurídico, comportando-se desta forma como cidadão¹⁴.

A este indivíduo que merece o tratamento de pessoa pelo Estado, portanto, aplica-se o direito penal do cidadão, caracterizado, conforme já mencionado, pela

¹² JAKOBS, Gunther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 43-44.

¹³ *Ibidem*, p. 32-33.

¹⁴ *Ibidem*, p. 33-34.

existência de uma interação simbólica entre o crime e a pena: enquanto o cometimento do fato punível consiste numa afronta à vigência da norma, a aplicação da pena tomada como coação significa que a atitude do autor é irrelevante e que a norma permanece vigente, restando mantida a configuração da sociedade¹⁵. Nesta situação, a pena realiza a função de prevenção geral positiva, definida como a demonstração da validade da norma por meio da reação contra sua violação, necessária para reafirmar as expectativas normativas frustradas em razão do cometimento do fato punível¹⁶.

Entretanto, explica Jakobs que, ocorrendo contínua violação da expectativa de que o indivíduo atuará em conformidade com as normas jurídicas vigentes num ordenamento, há uma diminuição na disposição estatal em tratá-lo como pessoa, conforme se exemplifica pela análise da legislação “de luta” que vem sendo aprovada no âmbito da criminalidade organizada, econômica, do terrorismo, dos crimes sexuais, etc.¹⁷ Nesse sentido, afirma o autor que:

Pretende-se combater, em cada um destes casos, a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização (...) se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa¹⁸.

Desta forma, quando o indivíduo se afasta do direito e não oferece segurança cognitiva mínima de que se comportará como cidadão, respeitando o ordenamento jurídico, o Estado não deve, segundo Jakobs, em nome do direito à segurança titularizado pelos demais habitantes de uma determinada sociedade, tratá-lo como pessoa, nem poderia ele ter a expectativa de receber tal tratamento¹⁹.

Em tais circunstâncias, diante da violação de uma norma penal em decorrência de um fato praticado por uma “não pessoa” (ou um inimigo), a reação do

¹⁵ JAKOBS, Gunther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 22.

¹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2 ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 463.

¹⁷ JAKOBS, Gunther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 34-35. Embora o autor se refira diretamente à legislação alemã, tal fenômeno parece estar ocorrendo de maneira geral nas sociedades ocidentais, em que, em detrimento dos princípios e garantias inerentes ao direito penal liberal, busca-se ampliar o âmbito de incidência das leis penais e torná-las cada vez mais rigorosas, instrumentalizando assim uma política criminal expansionista e eficientista que parece compreender o direito penal como único meio de lidar com os problemas sociais.

¹⁸ *Ibidem*, p. 35.

¹⁹ *Ibidem*, p. 42.

ordenamento jurídico por meio da coerção penal não visa compensar o dano causado à vigência da norma, estabilizando as expectativas normativas, como ocorre no direito penal voltado aos cidadãos, mas sim eliminar um perigo. A imposição da pena, no direito penal do inimigo, representa uma coação física que objetiva neutralizar o indivíduo tido como perigoso, garantindo segurança frente a possíveis fatos delitivos futuros, diferente do direito penal do cidadão, em que a pena consiste numa sanção ao crime anteriormente cometido²⁰.

Portanto, o inimigo não é um sujeito sancionado pela conduta violadora da norma, mas sim um indivíduo perigoso que deve ser excluído. Ressalte-se que Jakobs sustenta a privação da condição de pessoa do inimigo apenas na estrita medida da necessidade para neutralizar sua periculosidade, conservando-se seus demais direitos. Desta forma, segundo Zaffaroni, o penalista alemão defenderia um conceito limitado de inimigo, diferente da noção schmittiana de inimigo total, pois a despersonalização seria apenas parcial²¹.

Contudo, na esteira da crítica de Zaffaroni, que será aprofundada posteriormente, o conceito de inimigo e a “estrita medida da necessidade” invocada em situações de exceção não admitem limitações, pois estão sujeitos ao juízo de quem exerce o poder. Assim, considerando que o grau de periculosidade do inimigo e a intensidade da necessidade de contenção são determinados subjetivamente pelos detentores do poder, o professor argentino afirma que “nada, fora do próprio poder, pode impedir que se reduza o *inimigo à nuda vita*”²².

De toda forma, independente da crítica mencionada, para atingir o escopo de neutralização da periculosidade do inimigo é que se justificaria, na teoria de Jakobs, a imposição de um tratamento penal e processual penal bastante diferenciado em relação àquele dirigido aos cidadãos.

²⁰ JAKOBS, Gunther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 35-36.

²¹ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 161. Na realidade, em seu “Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo”, Jakobs afirma que “o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz” (*Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 30). Verifica-se, assim, que embora Jakobs pareça preferir a despersonalização meramente parcial, relativa a alguns direitos, ele não se mostra expressamente contrário a uma despersonalização total, razão pela qual alguns autores afirmam que ele se aproxima da noção de inimigo de Carl Schmitt, conforme será aprofundado adiante.

²² ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 161.

O direito penal do inimigo apresenta, assim, algumas particularidades: a antecipação da punibilidade para alcançar atos preparatórios (exemplificada pelos tipos penais que criminalizam a mera criação de organizações criminosas), vez que o ordenamento jurídico-penal atua prospectivamente, tendo como referência fatos futuros, e não de forma retrospectiva, sancionando o fato anteriormente cometido, como faz o direito penal clássico; a previsão de penas desproporcionalmente altas, sem que se considere o mencionado adiantamento da criminalização para reduzir a pena cominada; a passagem do direito penal liberal para um direito penal, especialmente em termos legislativos, de combate à criminalidade; e a relativização ou mesmo a supressão de determinadas garantias processuais²³. Por meio desse regramento diferenciado, sustenta Jakobs, “o Estado não se comunica com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos”²⁴.

Portanto, Jakobs afirma que o direito penal apresenta duas tendências opostas em suas regulações: o tratamento dispensado ao cidadão, que consiste na reação punitiva, após o cometimento do fato delitivo, com o fim de restabelecer as expectativas normativas defraudadas, e aquele dirigido ao inimigo, que pode ocorrer antes mesmo da efetiva lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido pela norma, e que visa a neutralização de sua periculosidade²⁵.

Deve-se destacar que, na forma como acima descritos, o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo, segundo o penalista alemão, constituem tipos ideais que raramente poderiam ser encontrados de forma pura na realidade fática. Com efeito, ao integrarem o mesmo contexto jurídico-criminal, tais tendências podem facilmente se sobrepor²⁶, imiscuindo-se uma à outra. Conforme explica Jakobs:

(...) inclusive no processamento de um fato delitivo cotidiano que provoca um pouco mais que tédio – Direito penal do cidadão – se misturará ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros – Direito penal do inimigo -, e inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos

²³ JAKOBS, Gunther. La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente. **Estudios de Derecho Judicial**, Galicia, n. 20, p. 121-145, 1999. p. 139; MELIÀ, Manuel Cancio. “Direito Penal do Inimigo?” In: JAKOBS, Gunther; _____. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 67.

²⁴ JAKOBS, Gunther. La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, p. 139. Tradução livre. No original: “(...) el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos”.

²⁵ JAKOBS, Gunther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, p. 37.

²⁶ *Ibidem*, p. 21.

formalmente, como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal os direitos de um acusado cidadão.²⁷

No entanto, esse entrelaçamento entre o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo, na medida em que vai se tornando mais comum e mais aprofundado, é justamente o que preocupa o autor e o que justifica a sua proposta de legitimação do direito penal do inimigo. Isso porque a introdução de elementos de direito penal do inimigo no direito penal liberal poderia levar a que se desse tratamento de inimigo, com a cassação de garantias materiais e processuais, a antecipação da punição e a aplicação de penas exorbitantes, a quaisquer autores de crimes, o que seria mais prejudicial ao Estado de Direito, no entendimento de Jakobs, que o próprio reconhecimento do direito penal do inimigo, devidamente delimitado e destinado a ser aplicado apenas às “não pessoas”²⁸.

Nesse sentido, invocando os atentados aos Estados Unidos ocorridos em 11 de setembro de 2001 e refletindo se não seria inadequado aplicar aos seus autores o tratamento penal de pessoas, Jakobs assevera que, para que se possa preservar os princípios e garantias do direito penal do cidadão, vinculados à ideia de Estado de Direito, outra deveria ser a denominação do tratamento diferenciado que deve ser aplicado aos terroristas, como direito penal do inimigo ou guerra contida. Caso contrário, não havendo essa separação, poderia ocorrer um indevido entrelaçamento entre os conceitos de “guerra” e “processo penal” quando se inclui o inimigo na noção de delinquente-cidadão²⁹.

Portanto, verifica-se do exposto que para além da constatação de uma situação que efetivamente ocorre na realidade, ainda que não com uma denominação tão impactante, a defesa, por parte de Jakobs, do reconhecimento formal do direito penal do inimigo consiste numa estratégia de contenção que visa propriamente delimitá-lo, impedindo com isso o seu alastramento pelo direito penal como um todo e o consequente exercício do poder punitivo sem quaisquer garantias ou limitações. Nesse sentido, conforme aduz Zaffaroni, “a proposta de Jakobs (...) é da mais absoluta boa-fé quanto ao futuro do Estado constitucional de direito”³⁰.

Contudo, conforme será analisado adiante, um dos grandes equívocos de sua teoria está no fato de que a noção de inimigo (ou qualquer denominação que se

²⁷ JAKOBS, Gunther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 21.

²⁸ *Ibidem*, p. 43-44.

²⁹ *Ibidem*, p. 37.

³⁰ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*, p. 159.

dê aos indivíduos que recebem tratamentos penais diferenciados, destituídos de garantias penais e processuais, em razão de sua pretensa periculosidade) não é compatível com o Estado Democrático de Direito. Pelo contrário, pode acarretar inclusive a sua destruição.

2.1.2 Pretensos fundamentos filosóficos do direito penal do inimigo

Para fundamentar a possibilidade de inclusão de um conceito jurídico de inimigo no marco do Estado Democrático de Direito, Jakobs se apoia em Hobbes e Kant. De acordo com o professor alemão, enquanto que para Rousseau e Fichte, todo delinquente seria um inimigo, Hobbes e Kant admitiriam, em suas teorias, um direito penal do cidadão e um direito penal destinado a determinados indivíduos considerados inimigos³¹.

Diante da pretensão de justificação teórica do direito penal do inimigo com base em referidos filósofos, Jakobs sofreu inúmeras críticas por parte de vários doutrinadores, que o acusaram, de modo geral, de realizar uma interpretação inconsistente ou equivocada do pensamento desses autores, ou ainda de desconsiderar o contexto em que tais concepções foram formuladas.

Nesse sentido, aduz Muñoz Conde, por exemplo, que a teorização de Jakobs estaria mais próxima, em termos filosóficos, não dos autores por ele invocados, mas da concepção maquiavélica de que os fins justificam os meios, em que a finalidade seria representada pela segurança cognitiva e os meios consistiriam na utilização do direito penal do inimigo³².

Inicialmente, afirma Zaffaroni que, em relação a Rousseau e Fichte, não se poderia extrair de seus escritos, ao menos quando analisados sistematicamente, evidências de que eles consideravam como inimigos todos os autores de fatos delitivos, como propõe Jakobs. Ao contrário, pode-se dizer que tal categoria se

³¹ JAKOBS, Gunther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, p. 27.

³² MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 83, ano 18, p. 93-119, mar./abr. 2010. p. 114.

restringia apenas aos assassinos e traidores e, ainda assim, com diversas ressalvas³³.

Em relação a Kant, Jakobs cita uma nota de rodapé do seu tratado “Sobre a paz perpétua”, de 1795, em que aquele sustenta a ideia de que, havendo povos em estado de natureza, a mera ausência de legalidade de seu estado representaria por si só um perigo aos seres humanos pertencentes a uma organização estatal, o que justificaria que estes obrigassem aqueles a participar do contrato social ou então a abandonar sua vizinhança. Assim, segundo Jakobs, quem não aceitasse participar do contrato deveria “retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser ‘tratado’, como anota expressamente Kant, ‘como um inimigo’”³⁴.

De acordo com Bung, Jakobs teria realizado uma interpretação tendenciosa do pensamento de Kant para justificar seu posicionamento³⁵, pois desse trecho não se poderia extrair a ideia de exclusão absoluta pretendida pelo penalista alemão. Na realidade, afirma tal autor que, para que referidos povos pudessem ser excluídos, na forma como argumenta Jakobs, inicialmente teriam que estar incluídos, ou seja, teriam que integrar a comunidade e possuir o *status* de cidadãos, o que não é o caso no exemplo de Kant. Da mesma forma, Bung pondera que a referência à custódia de segurança parece um pouco exagerada, pois bastante desconectada do contexto em que escreveu o filósofo iluminista³⁶.

Além de Kant, o defensor do direito penal do inimigo também faz referência ao pensamento de Hobbes, afirmando que este teórico despersonaliza o indivíduo acusado de alta traição ao defender que seja tratado pelo Estado como inimigo e não como súdito³⁷.

De acordo com Zaffaroni, Hobbes parte do entendimento de que os indivíduos, com o intuito de abolir a situação de guerra permanente, característica do estado de natureza, celebram o contrato social, entregando todo o poder ao soberano, que não integra o contrato. Sendo a soberania a única forma de impedir a

³³ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 124. O autor detalha o posicionamento desses autores, apontando diversas contradições no pensamento de Rousseau e várias reservas invocadas por Fichte ao admitir a pena de morte como medida eliminatória administrativa dirigida a alguns delinquentes.

³⁴ JAKOBS, Gunther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 28-29.

³⁵ BUNG, Jochen. *Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 62, ano 14, p. 107-133, set./out. 2006. p. 127.

³⁶ *Ibidem*, 127-128.

³⁷ JAKOBS, Gunther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 27-29.

guerra, seria inadmissível que os súditos oferecessem resistência ao soberano, sob pena de reintroduzir a guerra de todos contra todos³⁸.

Em razão disso, quem resiste ao poder do soberano, negando sua autoridade, não é considerado, para Hobbes, um mero delinquente, mas um inimigo que declara não mais integrar o contrato social, rechaçando assim a sua condição de súdito e que, diante disso, fica sujeito não às penas previstas em lei para os súditos, mas às consequências determinadas pela vontade do representante do Estado³⁹.

Busato adverte, entretanto, que ao invocar o pensamento de Hobbes, Jakobs omite o fato bastante relevante de que a situação anteriormente mencionada é apresentada pelo autor do *Leviatã* no tópico por ele denominado de “dano a súditos rebeldes que se faz por guerra e não pela via da pena”. Dessa forma, tais atos de hostilidade frente ao inimigo são tratados por Hobbes como atos de guerra, exteriores ao direito penal⁴⁰.

No entendimento do autor acima citado, a postura de Jakobs, ao buscar fundamentação para a atuação penal num discurso teórico do século XVII, especificamente no trecho referente a atos de guerra, demonstra, talvez até de forma inconsciente, o seu real objetivo de legitimar um verdadeiro direito penal de guerra, que admite a eliminação de indivíduos em nome da manutenção da estabilidade do ordenamento jurídico⁴¹. Embora se possa refutar tal afirmação com base na ideia de que a intenção do penalista alemão seria justamente contrária, de tentar proteger o direito penal de garantias clássicas mediante a delimitação de um direito penal do inimigo, não há como negar que as consequências práticas de sua teoria provavelmente convergiriam no sentido de formação de um efetivo direito penal de guerra, destinado a recair sobre os sujeitos rotulados como inimigos pelos detentores do poder.

Ademais, na esteira do que afirma Busato, o pensamento de Hobbes deve ser compreendido em seu contexto histórico-sociológico, sendo inadmissível utilizá-lo para suprimir os direitos fundamentais amplamente reconhecidos, difundidos e valorizados na atualidade. Aliás, ainda segundo este autor, diferente do que parece

³⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 125.

³⁹ *Ibidem*, p. 125-126.

⁴⁰ BUSATO, Paulo César. O outro como inimigo: um discurso punitivo da exclusão. In: MUÑOZ CONDE, Francisco; _____. **Crítica ao Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 155-230. p. 191.

⁴¹ *Ibidem*, p. 191-192.

defender Jakobs, as garantias fundamentais do ser humano são inerentes à própria condição humana, não decorrendo, desta forma, de uma atribuição do Estado. Pelo contrário, o aparelho estatal, com suas regras jurídicas, apenas procede ao reconhecimento formal dos direitos fundamentais preexistentes, não podendo simplesmente negá-los. E é exatamente porque pretende negar tais garantias que, de acordo com Busato, o pensamento de Jakobs se aproxima da noção de inimigo de Carl Schmitt⁴².

Antes de apresentar o posicionamento deste teórico do Estado absoluto, parece interessante expor algumas observações feitas por Zaffaroni em relação aos filósofos mencionados por Jakobs, vez que suas conclusões também acabam desembocando na concepção de Schmitt, ainda que num sentido diferente ao proposto por Busato.

De acordo com o ministro da Suprema Corte argentina, embora Jakobs contraponha o pensamento de Rousseau e Fichte, de um lado, às posições de Hobbes e Kant, de outro, essa não corresponde à polarização geralmente realizada no campo político-filosófico, em que, com base na ideia do direito de resistência ao soberano, usualmente se opõe Hobbes a Locke e Kant a Feuerbach⁴³.

Conforme explica o autor, tanto Hobbes quanto Kant, ainda que apresentem importantes diferenças em suas teorias, negam o direito de resistência à opressão, atribuindo o caráter de inimigo aos indivíduos que pretendem exercê-lo. Por outro lado, Locke e Feuerbach, com base na defesa da existência de direitos anteriores ao contrato social, admitem o exercício legítimo do direito de resistência em face do soberano que abusa do poder, e que, por este motivo, perde seu *status* de soberano⁴⁴.

Diante desses diferentes posicionamentos, sustenta Zaffaroni, em síntese, que a questão do inimigo perpassa a contraposição, cujo ponto nodal se relaciona ao direito de resistir à opressão, existente entre Hobbes e Locke, entre Kant e Feuerbach, enfim, entre os princípios do Estado absoluto e do Estado liberal⁴⁵.

Em seu entendimento, a consagração do conceito de inimigo é incompatível com os princípios do Estado de Direito e do liberalismo político, tendo como consequência inevitável a abertura para um modelo de Estado absoluto, em que o

⁴² BUSATO, Paulo César. O outro como inimigo: um discurso punitivo da exclusão, p. 191-193.

⁴³ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 121.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 124-130.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 130-131.

rótulo de inimigo pode ser aplicado não necessariamente e unicamente aos resistentes, mas a qualquer indivíduo cuja neutralização ou eliminação seja de interesse do soberano⁴⁶. Assim, embora se pudesse objetar que no direito penal do inimigo não se trata especificamente de indivíduos que exercem o direito de resistência, Zaffaroni afirma que tal questão é irrelevante vez que, no Estado absoluto, introduzido com o conceito de inimigo, a individualização como tal pode atingir qualquer indivíduo que o Estado tenha interesse em reprimir⁴⁷.

Diante desse quadro, apontando algumas contradições no pensamento de Hobbes, é que o penalista argentino situa como imprescindível a referência ao conceito de inimigo de Carl Schmitt, que, em sua opinião, foi quem mais coerentemente tratou do tema do inimigo na seara da teoria política, a partir do resgate e aperfeiçoamento da noção existente no direito romano⁴⁸.

Com base na distinção romana entre *inimicus* e *hostis*, em que o termo *inimicus* dizia respeito ao inimigo pessoal e o vocábulo *hostis* se referia a quem não pertencia à comunidade, não possuindo direitos⁴⁹, Schmitt afirma que tomando o termo num sentido concreto, existencial, e não meramente metafórico, o verdadeiro inimigo não é o concorrente econômico, o simples adversário ou o sujeito considerado “inimigo” num sentido privado, em decorrência de sentimentos individuais, mas sim o *hostis*, o inimigo público, aquele contra o qual há possibilidade real de guerra⁵⁰.

Assim, o inimigo, segundo este teórico do Estado absoluto,

é justamente o outro, o estrangeiro, bastando à sua essência que, num sentido particularmente intensivo, ele seja existencialmente algo outro e estrangeiro, de modo que, no caso extremo, há possibilidade de conflitos com ele, os quais não podem ser decididos mediante uma normatização geral previamente estipulada, nem pelo veredicto de um terceiro “desinteressado”, e, portanto, “imparcial”. (...) O caso extremo de conflito só pode ser decidido pelos próprios interessados; a saber, cada um deles tem de decidir por si mesmo, se a alteridade do estrangeiro, no caso concreto do conflito presente, representa a negação da sua própria forma de existência, devendo, portanto, ser repellido e combatido, para a preservação da própria forma de vida, segundo sua modalidade de ser.⁵¹

⁴⁶ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 131, 144.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 131.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 21-22.

⁵⁰ SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**, Tradução de Alvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 55-62.

⁵¹ *Ibidem*, p. 52.

Desta forma, a identificação do outro como inimigo estaria essencialmente vinculada à existência de um antagonismo tão intenso e extremo que poderia desencadear, em última instância, o aniquilamento físico⁵². Ressalte-se que a guerra, na conceituação de inimigo de Schmitt, não precisa efetivamente ocorrer na realidade, nem deve ser compreendida como normal ou desejável, mas deve simplesmente estar presente como possibilidade real, visto que enquanto a inimizade representa “a negação ontológica de outro ser”, a guerra seria “a realização extrema da inimizade”⁵³.

Importante destacar que, segundo Zaffaroni, a individualização dos inimigos, na teoria de Schmitt, consiste numa decisão política a ser tomada pelo soberano, que é “aquele que decide sobre o Estado de exceção”. Assim, diferente do positivismo jurídico, que pretendia uma identificação ôntica do inimigo, decorrente da própria natureza do indivíduo, conforme será visto adiante, o inimigo de Schmitt é rotulado como tal a partir de uma atribuição de natureza política⁵⁴.

Assim, diante de uma situação de necessidade, derivada de emergências ou casos excepcionais, Schmitt afirma que caberia ao Executivo e, portanto, ao soberano, defender a Constituição, decidindo acerca da definição e do enfrentamento do inimigo, podendo para isso suspender todos os limites e garantias, conforme fosse necessário. Com tal discurso, Schmitt legitima a possibilidade de suspensão e violação da Constituição em nome de sua própria defesa, considerando referida decisão do soberano como inerente à ordem jurídica⁵⁵.

Percebe-se dessa forma que, em Schmitt, inexistiriam limites ao poder do soberano frente ao inimigo, já que a existência de tais restrições, conforme explica Zaffaroni, “acaba com o próprio conceito de *inimigo*, debilita o Estado e lhe impede

⁵² SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**, p. 52-59. Tal antagonismo é caracterizado pelo autor como sendo de ordem política, vez que a distinção amigo/inimigo corresponderia ao critério a que se poderia reportar, em última instância, toda ação especificamente política. Assim como as contraposições bom/mau, belo/feio, útil/prejudicial corresponderiam às distinções últimas no âmbito moral, estético, e econômico, por exemplo, o critério do político seria, para Schmitt, a discriminação amigo/inimigo, que independe das demais contraposições. Nesse sentido, quando se chega ao reconhecimento do outro como inimigo, há uma oposição política entre ambos, tendo em vista a existência de um antagonismo extremo, capaz de desencadear a guerra. Segundo o autor, embora diferenças de ordem moral, econômica, religiosa, etc. possam provocar o surgimento de agrupamentos do tipo amigo-inimigo, quando se chega a esse nível, a oposição determinante perde seu caráter puramente moral, econômico, religioso, etc. e transforma-se em política (p. 51-62).

⁵³ *Ibidem*, p. 59.

⁵⁴ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 142.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 143-144.

de garantir a paz entre os cidadãos”⁵⁶. Aliás, nesse sentido situa-se a crítica política de Schmitt ao pensamento de Hobbes, afirmando que a admissão da limitação ao poder do soberano, ao salvaguardar a liberdade de consciência religiosa das pessoas, em seu foro privado, da interferência do Estado, é que teria levado à destruição do “poderoso Leviatã”⁵⁷.

Nesse contexto é que Zaffaroni ressalta a extrema importância das teorizações de Schmitt para a discussão da questão do inimigo no direito penal, ao demonstrar que tal conceito jurídico não é compatível com o Estado de Direito, mas apenas com o Estado absoluto, que não admite concepções limitadas de inimigo⁵⁸.

De acordo com alguns doutrinadores, como Busato, embora Jakobs não faça qualquer referência às ideias políticas de Carl Schmitt, talvez especialmente por ter sido este um dos principais teóricos do nacional-socialismo, o conceito de inimigo utilizado pelo penalista alemão estaria muito mais próximo da noção schmittiana de inimigo total do que das teorias dos filósofos por ele expressamente citados, como Hobbes e Kant⁵⁹.

Contrapondo-se a tal entendimento, Zaffaroni afirma que a proposta de direito penal do inimigo de Jakobs não se nutre, nem possui qualquer parentesco, com as teorizações de Schmitt, pois se baseia numa despersonalização limitada do inimigo, variável em sua extensão conforme a estrita medida da necessidade⁶⁰.

No entanto, deve-se levar em consideração que, ao admitir uma gradação na despersonalização a que fica sujeito o inimigo, condicionada à estrita necessidade de neutralização da periculosidade⁶¹, Jakobs não parece, apesar de ser bastante ambíguo e evasivo⁶² em relação a alguns aspectos de sua teoria, excluir totalmente a possibilidade, caso necessário, da eliminação física ou,

⁵⁶ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 138.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 135.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 160.

⁵⁹ BUSATO, Paulo César. O outro como inimigo: um discurso punitivo da exclusão, p. 194-197.

⁶⁰ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 160. De acordo com Eduardo Demetrio Crespo, no artigo “El ‘derecho penal del enemigo’ darf nicht sein”, citado por Zaffaroni, ao responder a um questionamento de Peter-Alexis Albrecht, embora Jakobs não tenha negado a semelhança de terminologia e questionamentos em relação a Carl Schmitt, asseverou a necessidade de que suas teorias fossem situadas nos respectivos contextos históricos. (ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 160, nota 13).

⁶¹ JAKOBS, Gunther. La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, p. 138.

⁶² Embora se tenha pensado, num primeiro momento, que este poderia ser um problema de tradução, já que não se teve acesso aos textos originais publicados em alemão, vários autores apontam (e criticam) a ambiguidade e a vagueza de Jakobs ao desenvolver diversos pontos de sua teoria, tais como Greco (Sobre o chamado direito penal do inimigo, p. 94) e Aponte (Derecho penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano, p. 24).

eufemisticamente, da despersonalização total. Isso porque embora afirme que o direito penal do inimigo não significa que “tudo é permitido” contra os inimigos⁶³, assevera expressamente, na mesma oportunidade, que aquele consiste numa guerra cujo caráter parcial ou total está condicionado à periculosidade do inimigo⁶⁴.

Ademais, como ressalta Pavarini, apesar de Jakobs não se referir à possibilidade extrema de um direito penal do extermínio, ao defender a neutralização de “não pessoas” por meio do direito penal do inimigo, acaba admitindo ao menos implicitamente a eliminação em massa dos socialmente perigosos⁶⁵.

Desta forma, embora efetivamente se tratem de propostas realizadas em contextos bastante diferentes, que não podem ser desconsiderados sob pena de incorrer em interpretações anacrônicas das teorias, não parece equivocado defender a similitude existente em relação ao conceito de inimigo de Schmitt, mesmo porque também neste autor, a guerra contra o inimigo consiste apenas numa possibilidade real, que não necessariamente ocorre na realidade fática.

De todo modo, embora Zaffaroni desvincule as concepções de inimigo de ambos os autores, assevera que a teoria do direito penal do inimigo se equivoca, dentre outros aspectos, por não levar em consideração exatamente a contradição já apontada em Hobbes por Schmitt, de que a noção de inimigo no direito só seria admissível num Estado absoluto⁶⁶. Nas palavras do autor:

Deve-se atribuir a Schmitt sua opção reacionária pelo Estado absoluto, enquanto Jakobs deve ser criticado pela introdução de elementos próprios do Estado absoluto no interior do Estado de direito. Schmitt é coerente em sua opção decisionista pelo Estado absoluto, enquanto que Jakobs não o é, ao manter sua opção pelo Estado constitucional de direito. É incorreto rechaçar a legitimação parcial do novo autoritarismo “cool” que Jakobs ensaia sob o argumento de que sua base é schmittiana. Isso não é verdade. Sua base deve ser criticada porque conduz irremediavelmente ao Estado absoluto de Carl Schmitt e acaba nele, dado que sua tática de contenção não só é ineficaz como também produziria efeitos paradoxais. Afinal, o conceito de inimigo não admite limitações (...) nem tampouco o Estado a cujo direito se incorpora esse conceito (...).⁶⁷

Portanto, independentemente dos referenciais teóricos de filosofia política expressamente citados por Jakobs ao buscar fundamentar sua proposta de divisão

⁶³ JAKOBS, Gunther. La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, p. 138.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 140-141.

⁶⁵ PAVARINI, Massimo. La giustizia penale ostile: un' introduzione. **Studi sulla questione criminale**, Bologna, n. 2, a. II, p. 7-20, 2007. p. 9.

⁶⁶ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 160.

⁶⁷ *Idem*.

do direito penal, quando se pretende analisar a noção de inimigo neste campo do direito, o conceito de Carl Schmitt parece representar um marco extremamente significativo do qual não se pode descurar. E isso não tanto em razão das divergências doutrinárias quanto à verdadeira base teórica de Jakobs, mas por demonstrar a perfeita compatibilidade do conceito de inimigo com o Estado absoluto.

Neste contexto, o conceito schmittiano parece interessante não apenas para criticar a teoria de Jakobs, mas para refletir acerca da situação daqueles que são tratados como inimigos pelas agências de punitividade na realidade cotidiana, ainda que não designados expressamente por esse termo - como aparenta ser o caso dos sujeitos criminalizados por tráfico de drogas no Brasil -, e dos efeitos desse tratamento diferencial para a sociedade como um todo.

2.2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO A TERCEIRA VELOCIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL

Neste ponto, parece relevante apresentar a proposta de Sánchez relativa às três diferentes velocidades do direito penal, tendo em vista sua significativa interlocução com a teoria de Jakobs⁶⁸

De acordo com Sánchez, em razão das mais diversas causas, como o aparecimento de novos riscos, a sensação social de insegurança, a falta de confiança em instituições tradicionais protetoras de bens jurídicos, a atuação dos gestores “atípicos” da moral, etc., o direito penal das sociedades pós-industriais vem atualmente sofrendo um fenômeno de progressiva expansão. Tal tendência se caracteriza, dentre outros aspectos, pela criação de novos bens jurídicos e consequentemente novos tipos penais, pelo agravamento dos tipos penais já existentes, pela ampliação dos riscos penalmente relevantes e pela flexibilização das

⁶⁸ Destaca-se que tal interlocução entre a teoria de Jakobs e as diferentes velocidades do direito penal na concepção político-criminal de Sánchez já foi abordada em artigo escrito em coautoria com a Prof. Dra. Clara Maria Roman Borges, já mencionado. (BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. Direito penal do inimigo e a guerra contra o tráfico de drogas no Brasil, p. 221-243).

regras de imputação e das garantias clássicas do direito penal e processual penal liberal⁶⁹.

Neste contexto, diante da constatada dificuldade de frear tal expansão, tendo em vista a configuração atual das sociedades e suas demandas por proteção penal, o autor propõe uma configuração dualista para o sistema de direito penal, com princípios político-criminais e regras de atribuição de responsabilidade diferentes em cada um dos níveis. Com isso, evitar-se-ia uma plena “modernização” do direito penal, a qual redundaria na relativização de garantias e regras de imputação em todas as situações, inclusive nos casos de delitos sancionados com penas privativas de liberdade⁷⁰.

Assim, com o intuito de proteger o modelo clássico de imputação e os princípios tradicionais do direito penal liberal em relação a um núcleo intangível de crimes, aos quais se comina pena privativa de liberdade, o autor sugere⁷¹ que o direito penal seja composto de duas “velocidades”. A primeira delas, referente ao setor do ordenamento jurídico-penal em que são impostas penas privativas de liberdade, exigiria a rígida manutenção das regras de imputação, garantias e princípios processuais clássicos. Já a segunda velocidade abarcaria os casos aos quais se cominam penas de privação de direitos ou penas pecuniárias, podendo os referidos princípios e regras ser flexibilizados de maneira inversamente proporcional à gravidade da sanção prevista. Aos crimes incluídos nessa segunda velocidade, ressalta o autor, contudo, que não se poderia admitir a cominação de pena de privação de liberdade⁷².

A partir desse quadro, e levando em consideração as teorizações a respeito do direito penal do inimigo, Sánchez questiona a possibilidade de se aceitar uma “terceira velocidade” do direito penal, que combinaria uma vasta relativização das garantias político-criminais, princípios processuais e critérios de imputação com a imposição de penas privativas de liberdade, especialmente em se tratando de condutas delitivas que desestabilizam não apenas uma norma específica, mas os próprios fundamentos da sociedade⁷³.

⁶⁹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 185-187.

⁷¹ Ainda que afirme fazer sua proposta com certa resignação. (*Ibidem*, p. 178).

⁷² *Ibidem*, p. 192-193.

⁷³ *Ibidem*, p. 193.

Embora com inúmeras ressalvas, e afirmando que um direito penal com tais características já existe concretamente, inclusive no que tange a delitos de natureza socioeconômica (que em sua opinião deveriam ser reconduzidos à primeira ou à segunda velocidades), o autor chega a aceitar o direito penal de terceira velocidade como um “mal menor”, desde que expresso na forma de reações estritamente necessárias e proporcionais diante de fenômenos de excepcional gravidade e inexistindo perigo de alastramento para o restante do ordenamento jurídico-penal⁷⁴. Nesse sentido, explica que o direito penal de terceira velocidade poderia ser qualificado como um “direito de guerra”:

(...) convém ressaltar que o Direito Penal da terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos “de emergência”, uma vez que expressão de uma espécie de “Direito de guerra” com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação.⁷⁵

De toda maneira, o autor ressalta que a existência dos pressupostos dessa regulação penal de emergência deveria ser revisada de forma permanente e intensa, ao contrário do que vem ocorrendo na realidade, em que os Estados têm acolhido uma lógica de constante emergência⁷⁶. Assim, embora o direito penal de terceira velocidade devesse ter seu âmbito reduzido ao máximo, o autor destaca a tendência no sentido de sua ilegítima estabilização e até expansão⁷⁷.

2.3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO CONTEXTO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Apesar de a proposta de Jakobs ter sido criticada de forma praticamente unânime na doutrina, por meio dos mais diversos argumentos, não se pode desconsiderar que a maioria dos autores admite a existência fática (e cada vez mais

⁷⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**, p. 196-197.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 196.

⁷⁶ De acordo com Agamben, “(...) a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.” (AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: Homo Sacer II. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 13).

⁷⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**, p. 197.

frequente) de normas penais e processuais penais, além de políticas criminais, dotadas de características de direito penal do inimigo⁷⁸.

Conforme esclarece Pavarini, admitindo ser sempre possível identificar a presença de inimigos no direito penal liberal, certos fatores como a antecipação da punibilidade, o aumento exagerado das penas, a supressão de certas garantias, etc., não deixam dúvidas da existência de um regramento penal especial voltado para indivíduos considerados inimigos, ou seja, de um direito penal baseado na ideia de periculosidade⁷⁹. Também nesse sentido, aduz Muñoz Conde que diversos ordenamentos jurídicos trazem inúmeros exemplos normativos claramente inspirados numa concepção belicista de direito penal⁸⁰.

Em razão disso, a noção de direito penal do inimigo pode ser utilizada de forma crítica, como instrumental idôneo para analisar determinados setores dos ordenamentos jurídico-penais na atualidade⁸¹, como fez Jakobs na primeira oportunidade em que empregou a expressão, opondo-se à atuação cada vez mais invasiva do poder punitivo frente à esfera privada de direitos dos cidadãos⁸².

Aliás, afirma Aponte que a identificação do direito penal do inimigo nas ordens jurídicas e a percepção de suas consequências certamente contribui mais para a redução de seu âmbito que a mera negação de sua existência⁸³. Nesse sentido, um dos objetivos da presente dissertação consiste justamente em analisar e criticar a política criminal e a legislação penal e processual penal relativa ao tráfico de drogas no Brasil, com base na noção de direito penal do inimigo, demonstrando

⁷⁸ Além do próprio Jakobs, é o caso, por exemplo, de Sánchez (**A expansão do direito penal**, p. 196), Pavarini (*La giustizia penale ostile: un' introduzione*, p. 7-20), Aponte (*Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano*, p. 9-43), Prittwitz (PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, ano 12, p. 31-45, mar./abr. 2004), Muñoz Conde (MUÑOZ CONDE, Francisco. *De novo sobre o Direito penal do inimigo*. In: _____; BUSATO, Paulo César. **Crítica ao Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1-41), Busato (*O outro como inimigo: um discurso punitivo da exclusão*, p. 155-230), Meliá (*"Direito Penal do Inimigo?"*, p. 69). Aliás, Meliá afirma expressamente, em nota de rodapé, que "O fato de que existe esse Direito penal do inimigo no ordenamento positivo (...) e que pode ser descrito nos termos expostos, é algo que não é questionado; no que se pode ver, tampouco por parte dos autores que se têm manifestado em sentido crítico frente ao desenvolvimento de Jakobs".

⁷⁹ PAVARINI, Massimo. *La giustizia penale ostile: un' introduzione*, p. 8.

⁸⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De novo sobre o Direito penal do inimigo*, p. 28.

⁸¹ MELIÁ, Manuel Cancio. *"Direito Penal do Inimigo?"*, p. 54. Exemplificando o emprego crítico do conceito, Meliá destaca a utilização da noção de direito penal do inimigo de Jakobs pela Corte Constitucional colombiana para declarar a inconstitucionalidade de normas penais emitidas pelo presidente.

⁸² APONTE, Alejandro. *Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano*, p. 18.

⁸³ *Ibidem*, p. 34.

seus graves efeitos negativos e destacando a necessidade de refletir acerca de posicionamentos alternativos quanto à questão das drogas.

Além de Sánchez, outros doutrinadores também situam o tema do direito penal do inimigo (em sua existência fática) ou ao menos o relacionam de alguma forma ao atual contexto de expansão do direito penal, alertando inclusive, como é o caso de Aponte, para a expansão do que ele denomina de “paradigma do inimigo”⁸⁴.

Nesse sentido, aduz Pavarini que as teorizações sobre o direito penal do inimigo se colocam justamente no contexto do binômio “reducionismo versus expansionismo” ou no quadro de “modernização do direito penal”, em que se busca um direito penal eficiente no combate à criminalidade, legitimando-se para isso o afrouxamento de garantias⁸⁵.

Conforme explica Meliá, na esteira das teorizações de Sánchez, a política criminal recente dos países ocidentais pode ser sintetizada na ideia de expansão penal, marcada pelo surgimento de novos setores de regulação e pela reforma de tipos penais vigentes num ritmo bastante acelerado, com inúmeros traços de direito penal autoritário⁸⁶. Tal tendência político-criminal, ainda segundo o autor, envolve dois fenômenos que constituem, em seu entendimento, a linhagem do direito penal do inimigo: o “direito penal simbólico” e o que denomina de “ressurgir do punitivismo”.

Em relação ao primeiro, Meliá assevera que, quando empregada em sentido crítico, a expressão “direito penal simbólico” diz respeito ao processo de criminalização de determinadas condutas realizado de forma instrumental pelo legislador, promulgando-se normas penais com o objetivo de tranquilizar a população e demonstrar o atendimento, pelos agentes políticos, das demandas sociais punitivas, sem que tais normas venham a ser necessariamente aplicadas na realidade. Desta forma, o objetivo da criação de tais preceitos legislativos relaciona-se mais à eficácia simbólica decorrente de sua mera promulgação, motivada frequentemente por fins eleitoreiros, do que à sua efetiva incidência prática⁸⁷.

Tais efeitos simbólicos, também considerados por Aponte uma importante característica do direito penal político de emergência enquanto direito penal do inimigo, explicam, segundo este autor, a ampla inflação normativa existente em

⁸⁴ APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano, p. 16.

⁸⁵ PAVARINI, Massimo. La giustizia penale ostile: un' introduzione, p. 10.

⁸⁶ MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal do Inimigo?”, p. 56.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 57-65.

certos setores do ordenamento jurídico-penal, pois diante da ineficácia do direito penal em efetivamente resolver os problemas sociais, a única solução encontrada diante da desilusão da população é a emissão constante e simbólica de normas penais de emergência⁸⁸.

De outro lado, o “ressurgir do punitivismo”, de acordo com Meliá, diz respeito à criação de novas figuras típicas mediante normas penais destinadas a serem aplicadas com bastante rigor (ainda que de forma seletiva, como ocorre com o direito penal como um todo) e ao incremento das sanções de tipos penais já existentes. Conforme explica o autor, no atual espaço de discussão política, a ampliação da criminalização, tanto quantitativa quanto qualitativamente, parece consistir no único critério de política criminal, podendo-se perceber a existência de um “verdadeiro clima punitivista”⁸⁹.

Com efeito, percebe-se que, na atualidade, tal tendência punitivista encontra-se amparada por um consenso geral, ou quase geral, acerca da suposta eficiência do direito penal como instrumento capaz de garantir a segurança e proteção efetivas da população⁹⁰. Assim, não apenas setores politicamente conservadores, tidos como tradicionais representantes de demandas criminalizadoras, mas também as mais diversas organizações sociais, incluindo movimentos contestadores da ordem vigente, tais como grupos ecologistas, feministas, de consumidores, pacifistas, organizações não governamentais defensoras de direitos humanos, etc., clamam pela ampliação e endurecimento do direito penal visando a proteção de seus respectivos interesses, em detrimento, muitas vezes, de princípios e garantias⁹¹ fundamentais à ordem democrática.

Importante ressaltar, na esteira do entendimento de Meliá, que o punitivismo e a promulgação de normas penais com efeitos simbólicos não constituem fenômenos apartados, mas mantêm uma relação bastante próxima. Uma lei bastante repressiva, com consequências contundentes na atuação do sistema de justiça criminal, pode ter tido sua aprovação motivada por efeitos simbólicos⁹², como é o caso, por exemplo, da legislação brasileira relativa às organizações criminosas.

⁸⁸ APONTE, Alejandro. Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, ano 15, p. 11-28, jan./fev. 2007. p. 25.

⁸⁹ MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal do Inimigo?”, p. 60.

⁹⁰ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**, p. 32.

⁹¹ *Ibidem*, p. 81-82.

⁹² MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal do Inimigo?”, p. 64.

Embora a recém-aprovada lei⁹³ provavelmente venha a ser aplicada com rigor, um de seus principais efeitos, assim como ocorria em relação à lei anterior, consiste em criar uma falsa sensação de segurança para a sociedade, que acredita estar protegida, em razão da norma, da violência praticada pelas “empresas do crime”⁹⁴.

Da mesma forma, normas geralmente consideradas “meramente simbólicas”, ao menos num primeiro momento, são passíveis de gerar uma persecução penal efetiva⁹⁵, como ocorre, exemplificadamente, com leis penais que criminalizam o preconceito étnico ou religioso⁹⁶, promulgadas em princípio para atender aos anseios sociais antidiscriminatórios, mas que podem acarretar um processo penal real, principalmente em casos com ampla repercussão midiática⁹⁷.

De todo modo, Meliá conclui que o direito penal do inimigo decorre da relação fraternal existente entre o direito penal simbólico e o punitivismo, que permite a construção de uma determinada identidade social, um “nós”, identificando os autores de determinados crimes como “outros”, como indivíduos excluídos dessa identidade⁹⁸.

Por sua vez, segundo a análise realizada por Prittwitz, os conceitos de direito penal do risco e direito penal do inimigo, por trás dos quais se situa o fenômeno de expansão do direito penal aliado à gradual redução de direitos e garantias, sintetizam as principais tendências atuais no direito penal e na política criminal. Para o autor, diante de tais fatores, agravados pela tendência de desnacionalização do direito penal e pela forte influência exercida pela mídia sobre a política criminal dos Estados, o direito penal tem se aproximado cada vez mais da guerra⁹⁹.

Explica o autor que o direito penal, orientado pela noção de risco, sofreu um processo de mutação no sentido de sua expansão, caracterizando-se pelo surgimento de novos bens jurídicos a serem penalmente protegidos, pela antecipação da punição, pela redução das exigências de censurabilidade (passando-

⁹³ Lei n.º 12.850/2013, que recentemente revogou a Lei n.º 9.034/95, substituindo-a.

⁹⁴ BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. Direito penal do inimigo e a guerra contra o tráfico de drogas no Brasil, p. 224.

⁹⁵ MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal do Inimigo?”, p. 64.

⁹⁶ No Brasil, é o caso da Lei n.º 7.716/89.

⁹⁷ BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. Direito penal do inimigo e a guerra contra o tráfico de drogas no Brasil, p. 224.

⁹⁸ MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal do Inimigo?”, p. 65.

⁹⁹ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, ano 12, p. 31-45, mar./abr. 2004. p. 32-33.

se da necessidade de lesão para o mero perigo ao bem jurídico) e pela tipificação de comportamentos com o intuito de que sejam considerados socialmente inadequados (e não porque o são), o que gerou seu desvirtuamento e indevida transformação num direito penal do inimigo¹⁰⁰. Nas palavras do autor:

O direito penal do risco e direito penal do inimigo não são dois conceitos independentes um do outro; direito penal do inimigo não é uma expressão que está na moda, e que apenas substitui outra expressão que está na moda – o direito penal do risco. Este último descreve, a meu ver, uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta resultado de uma época, estrutural e irreversível; uma mudança cujo ponto de partida já é fato dado e que tanto encerra oportunidades como riscos. Direito penal do inimigo, em contrapartida, é a consequência fatal e que devemos repudiar com todas as forças de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada (...).¹⁰¹

No entanto, embora vincule, de modo geral, o direito penal do inimigo ao direito penal do risco, o próprio Prittwitz ressalta que a utilização do direito penal como instrumento para assegurar a dominação e a opressão consiste numa manifestação de direito penal do inimigo em sua forma mais grosseira, que é anterior e independente do advento da ideia de risco, e que continua a existir na realidade¹⁰². A partir dessa afirmação, abre-se espaço para a reflexão, a ser realizada adiante, acerca da constante existência de inimigos no direito penal, independentemente das teorizações de Jakobs e do reconhecimento formal de um direito penal do inimigo.

De toda forma, não se pode deixar de frisar que o direito penal e processual penal, bem como a política criminal dos países ocidentais, parecem estar cada vez mais permeados pela lógica do inimigo da sociedade, com a frequente aprovação de normas legitimadoras de um tratamento penal rigoroso voltado a neutralizar ou eliminar a suposta periculosidade de indivíduos desestabilizadores da ordem social, tratados assim, ainda que implicitamente, como inimigos.

Nesse sentido, observa Aponte que, atualmente, verifica-se um processo generalizado de expansão do “paradigma do inimigo”, caracterizado pelo julgamento dos indivíduos mais em razão do que são, do que representam ou de sua suposta inerente periculosidade, do que pelos atos efetivamente cometidos. A culpabilidade parece ceder cada vez mais espaço a considerações de periculosidade, num

¹⁰⁰ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo, p. 38-44.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 32.

¹⁰² *Ibidem*, p. 44.

processo de acelerada consolidação da ideia de prevenção ao perigo como paradigma dominante no sistema penal, tendo o inimigo como noção central¹⁰³. Conforme elucida o autor, “se trata de una nueva manera, más sofisticada, del panoptismo social: el nuevo lenguaje del panóptico es el del enemigo”¹⁰⁴.

Portanto, num contexto em que cada vez mais se atribui quase que exclusivamente ao direito penal a missão de garantir a segurança social, protegendo os mais diversos bens jurídicos e neutralizando todo tipo de perigos, a lógica do inimigo parece estar se expandindo no direito penal e na política criminal dos Estados. Com base em discursos autoritários que defendem a utilização do direito penal para conter a criminalidade a qualquer custo, e considerando a crescente pressão exercida pelo discurso midiático, tem-se admitido a redução e mesmo a supressão de garantias fundamentais típicas de um direito penal compatível com o Estado de Direito, aplicando-se um tratamento penal de inimigo a sujeitos assinalados como tais pelos detentores do poder, sem que se atente para os verdadeiros efeitos e consequências desse direito penal do inimigo enrustido no direito penal e encoberto por discursos legitimadores.

2.4 A CONSTÂNCIA DA NOÇÃO DE INIMIGO COMO FUNDAMENTO PARA A APLICAÇÃO DE UM TRATAMENTO PUNITIVO DIFERENCIADO

A polêmica gerada em torno da proposta realizada por Jakobs, de reconhecimento formal de um direito penal do inimigo devidamente delimitado como estratégia de salvaguarda dos princípios e garantias clássicos do direito penal, bem como a ideia de atual expansão do “paradigma do inimigo” efetivamente existente no direito penal e na política criminal dos países ocidentais, não pode encobrir o fato bastante importante, analisado detalhadamente por Zaffaroni, de que, em inúmeros momentos históricos, o poder punitivo aplicou um tratamento penal diferenciado, muitas vezes legitimado por leis ou teorias penais e criminológicas, a indivíduos considerados estranhos ou inimigos da sociedade¹⁰⁵.

¹⁰³ APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano, p. 16-17.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 17.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 11.

Com efeito, afirma o penalista argentino que, embora as teorizações de Jakobs tenham suscitado inúmeros impactos negativos, estes provavelmente decorreram mais da terminologia por ele utilizada, especificamente quanto aos termos “inimigo” e “não pessoa”, do que do conteúdo da doutrina do direito penal do inimigo, vez que muitos penalistas mostram-se favoráveis a esse mesmo tratamento penal, desde que não designado de forma tão politicamente incorreta¹⁰⁶.

Aliás, conforme relata Prittwitz, aduzindo que a doutrina penal alemã praticamente restringiu suas críticas ao conceito de direito penal do inimigo, e não tanto à teoria em si, “tivesse ele (Jakobs) escolhido outro nome, e teria recebido o aplauso de muitos colegas”¹⁰⁷.

Conforme explica Zaffaroni, a individualização de inimigos, ainda que enquadrados nas mais diferentes categorias (estranhos, diferentes, hostis, dissidentes, perigosos, etc.), e o consequente tratamento repressivo diferencial a eles dirigido, esteve presente como uma constante em toda a história do direito ocidental, tanto no exercício real do poder punitivo quanto no discurso da doutrina penal e criminológica, ainda que muitas vezes de forma encoberta e utilizando-se de denominações menos impactantes¹⁰⁸.

A partir do estudo do poder punitivo desde a Revolução Mercantil até o por ele chamado “autoritarismo *cool*” do século XXI¹⁰⁹, o referido autor chega à conclusão de que a realidade operativa do poder punitivo sempre discriminou os iguais e os estranhos, os amigos e os inimigos, aplicando-lhes tratamentos penais diferenciados, ainda que o contraste entre o regime punitivo dirigido às variadas

¹⁰⁶ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 158-159. Aduz Zaffaroni que o vocabulário utilizado por Jakobs consiste no maior mérito de sua proposta, pois permitiu que a questão fosse tratada com clareza e sinceridade, realmente desnudando o fenômeno.

¹⁰⁷ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo, p. 44.

¹⁰⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 23-24. Nesse sentido, afirma o autor, referindo-se à noção de inimigo, que: “Trata-se de um conceito que, na versão original ou matizada, de cara limpa ou com mil máscaras, a partir de Roma, atravessou toda a história do direito ocidental e penetrou na modernidade, não apenas no pensamento de juristas como também no de alguns de seus mais destacados filósofos e teóricos políticos, recebendo especiais e até festejadas boas-vindas no direito penal”. (p. 24).

¹⁰⁹ O adjetivo *cool* é utilizado por Zaffaroni para enfatizar a especificidade de um autoritarismo superficial que caracteriza o poder punitivo do século XXI, e que se apoia fundamentalmente na publicidade: “É *cool* porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário” (ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 69).

“categorias” de indivíduos pareça mais atenuado em sociedades mais abertas, igualitárias e tolerantes¹¹⁰.

As diversas subclassificações do inimigo utilizadas ao longo da história pelo poder punitivo e pela doutrina jurídico-penal, segundo Zaffaroni, remontam às categorias romanas do *hostis alienigena* e do *hostis judicatus*, que podem ser consideradas, para o autor, os “eixos troncais” em que se basearam as demais classificações de tipos de inimigos¹¹¹.

No direito romano, enquanto o *hostis alienigena* correspondia ao estrangeiro, protegido em certa medida pelo *jus gentium*, o *hostis judicatus*, por sua vez, compreendia o cidadão romano assim declarado pelo Senado quando houvesse ameaçado a segurança da República mediante conspirações ou traição, situação que lhe deixava em condição similar aos dos escravos, podendo ser aplicadas, diante disso, penas proibidas aos demais cidadãos¹¹².

A categoria geral do *hostis alienigena* ou do estrangeiro, ainda de acordo com o ministro da Suprema Corte argentina, corresponde ao núcleo remoto que abarca todos aqueles considerados incômodos pelo poder, como os insubordinados, os indisciplinados e os estrangeiros, que, vistos como estranhos, despertam desconfiança de uma potencial periculosidade. Por outro lado, a categoria do *hostis judicatus* ou do inimigo declarado consiste no eixo central originário dos dissidentes ou inimigos declarados como tais pelos detentores do poder, incluindo desta forma os inimigos políticos puros¹¹³.

De modo geral, aduz Zaffaroni que em todas as épocas, ainda que com variações inerentes aos diferentes contextos, houve uma tendência de repressão penal plural que eliminava os autores de crimes graves e dissidentes, neutralizava os marginais ou indesejáveis (considerados potencialmente perigosos pelos ocupantes do poder) e reservava um tratamento penal demasiadamente brando aos

¹¹⁰ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 81.

¹¹¹ Não há, neste trabalho, qualquer pretensão anacrônica, com a menção às categorias do *hostis alienigena* e do *hostis judicatus*, de invocar alguma continuidade histórica no significado atual de conceitos similares aos do direito romano, mesmo porque se tem plena ciência dos riscos da utilização de termos desvinculados de seu contexto histórico. Por esse motivo é que se enfatiza a referência de Zaffaroni a tais categorias como “eixos troncais”, e não como bases diretas às demais classificações. Na presente dissertação, a menção desses conceitos mostra-se interessante como forma de ressaltar a existência de categorias de inimigos como uma constante em diversos momentos históricos, independentemente do reconhecimento formal de um direito penal do inimigo.

¹¹² ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 22-23.

¹¹³ *Idem*.

ocasionais, vez que, tidos como indivíduos semelhantes aos detentores do poder, seus delitos eram considerados meros equívocos transitórios¹¹⁴.

A partir dessa constatação, o tratamento penal diferencial é analisado pelo autor em variados contextos históricos e culturais, inclusive na atual realidade latino-americana, em que a situação é bastante peculiar vez que o poder punitivo é exercido prioritariamente por meio de medidas de contenção, como a prisão preventiva, voltadas aos indivíduos considerados presumivelmente perigosos¹¹⁵. Conforme explica o autor, na América Latina,

Nos casos de delitos *graves*, a prisão preventiva é seguida por reclusões perpétuas ou penas absurdamente prolongadas, que em muitos casos superam a possibilidade de vida das pessoas; os *indesejáveis* continuam sendo eliminados por meio de medidas administrativas, penas desproporcionais (para reincidentes) e internação em cárceres marcados por altíssimos índices de violência, de mortalidade hétero e auto-agressiva e de morbidade, ou seja, alta probabilidade de eliminação física, paralelamente às execuções policiais e para-policiais sem processo. (...) De qualquer forma, cabe observar que os *indesejáveis* não sofrem pena formal, porque geralmente a cumprem na prisão cautelar. Os dissidentes são mais tolerados, ainda que a repressão ao *protesto social* dos excluídos do sistema produtivo tenha aumentado, mediante a aplicação extensiva de tipos penais e a interpretação restringida de causas de justificação ou exculpação. Finalmente, os *iguais*, cada vez mais reduzidos em função da polarização da riqueza e da degradação das velhas camadas médias, costumam gozar dos benefícios e garantias dos manuais, nos poucos casos em que são criminalizados.¹¹⁶

Assim, ainda que a repressão penal seja diferenciada conforme o “status” atribuído ao indivíduo, verifica-se que a grande maioria dos sujeitos encarcerados, cerca de 75%, encontra-se submetida a prisões cautelares (medidas de contenção em razão da periculosidade presumida), de forma que a maior parte dos presos, no entendimento do autor, acaba sendo tratada pelo poder punitivo como inimigo¹¹⁷.

Diante disso, Zaffaroni afirma que toda a polêmica desencadeada em razão da teoria de Jakobs não seria justificada, já que esta não se encontra muito distante da atuação concreta do sistema penal, que admite, para determinados sujeitos, a aplicação de um tratamento penal diferenciado dotado de características de direito

¹¹⁴ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*, p. 37.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 71.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 70-71.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 70-82.

penal do inimigo¹¹⁸ e, portanto, violador de direitos e garantias elementares do Estado de Direito.

Nesse ponto, não se pode deixar de mencionar as medidas executivas e alterações legislativas propostas em inúmeros países, principalmente após os atentados de 11 de setembro de 2001 aos Estados Unidos, no sentido de uma intensa ampliação dos poderes policiais e dos serviços de informação dos governos na luta contra o terrorismo, admitindo-se, em nome da proteção da “segurança cidadã”, inúmeras restrições e mesmo supressões de direitos individuais¹¹⁹.

Para citar apenas a situação norte-americana - país este que parece ter tomado as medidas mais drásticas -, sob a justificativa de criação de instrumentos necessários para interceptar e impedir o terrorismo, aprovou-se no Congresso, logo após os famosos atentados terroristas, a USA Patriot Act, lei que permite uma série de violações de garantias fundamentais, tais como detenções sem controle judicial, vigilância de comunicações eletrônicas, etc. Aliás, a partir de uma distinção entre terrorismo doméstico e terrorismo internacional, emitiu-se uma ordem executiva, ainda em 2001, no sentido de atribuir aos tribunais militares de exceção (Military Commissions) a competência para conhecer das acusações de terrorismo contra suspeitos estrangeiros¹²⁰.

Apesar de leis como essa terem sofrido inúmeras críticas, inclusive com a declaração de inconstitucionalidade de alguns de seus artigos por vários juízes¹²¹, é inegável que o tratamento penal diferencial a determinados sujeitos, impulsionado pela pressão dos meios de comunicação e pela opinião pública alarmada com os perigos advindos de atos terroristas e da criminalidade em geral, parece estar se expandindo nas legislações dos países ocidentais, constituindo ele mesmo, como bem o demonstram os horrores de que se tem notícia em Guantánamo, uma séria ameaça aos princípios e garantias fundamentais do Estado de Direito, como a dignidade da pessoa humana.

Importante ressaltar, ainda, que a identificação como estranho, inimigo ou indesejável recaiu sobre os mais diferentes sujeitos ao longo da história do poder punitivo, tais como as mulheres consideradas bruxas, os povos indígenas, os

¹¹⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 165.

¹¹⁹ CARMONA RUANO, Miguel. El impacto jurídico del 11 de septiembre. **Jueces para la Democracia**, Madri, n. 45, p. 81-91, nov.2002. p. 88.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 81-83.

¹²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. De novo sobre o Direito penal do inimigo, p. 13.

africanos escravizados, os judeus, os sujeitos da “má vida”, os comunistas, os imigrantes, os narcotraficantes, os terroristas, etc.

Tal sucessão de inimigos totalmente heterogêneos entre si demonstra que os inimigos não são reconhecíveis por sua própria natureza, como pretenderam algumas teorias, mas sim em razão de um rótulo que sempre foi atribuído, segundo Zaffaroni, a certos sujeitos num determinado momento de uma dada sociedade pelos detentores do poder. Estes, agindo com base em seus próprios interesses ou por razões de conveniência ou funcionalidade, aplicavam tal “qualificação” aos indivíduos que os enfrentavam ou incomodavam, ainda que potencial ou mesmo imaginariamente, utilizando-se de tratamentos repressivos diferenciados com maior ou menor rigor conforme as circunstâncias políticas e econômicas concretas¹²².

2.5 A LEGITIMAÇÃO DO TRATAMENTO DIFERENCIAL AO INIMIGO NO DISCURSO PENAL-CRIMINOLÓGICO

Assim como alguns recortes históricos do poder punitivo demonstram que os detentores do poder sempre individualizaram inimigos, os quais receberam tratamentos repressivos diferenciados conforme a categoria em que eram enquadrados, também nos discursos penal e criminológico a legitimação da ideia de um direito penal especial voltado a inimigos não pode ser considerada uma novidade ou uma invenção jurídica de Jakobs, conforme afirma Muñoz Conde¹²³.

Com efeito, de acordo com Zaffaroni, é possível identificar discursos legitimadores de um direito penal diferenciado voltado a determinados indivíduos já na Antiguidade, com Protágoras e Platão¹²⁴. Contudo, não sendo o objetivo do presente trabalho realizar um estudo minucioso das várias teorias que, ao longo da história, legitimaram a existência de um direito penal especial para estranhos ou inimigos, são apresentadas, a título exemplificativo, apenas algumas teorias mais relevantes, já do direito penal moderno, com o intuito de demonstrar que a doutrina

¹²² ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 81-82.

¹²³ MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo, p. 101.

¹²⁴ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 83. Segundo o autor, enquanto que para Platão os infratores, incapazes de aceder ao mundo das ideias, deveriam ser eliminados quando referida incapacidade fosse irreversível, para Protágoras o destino daqueles considerados incorrigíveis deveria ser a exclusão da sociedade.

penal-criminológica esteve repleta de discursos justificadores de um tratamento repressivo diferencial para inimigos, ainda que seu público-alvo nem sempre fosse designado com tal denominação.

Para os representantes do positivismo criminológico, por exemplo, os estranhos ou inimigos eram seres biologicamente inferiores, vez que considerados patológicos, degenerados ou pertencentes a raças menos evoluídas, reconhecíveis pelo estereótipo, e que deveriam ser eliminados diante de sua inferioridade. Assim, embora tanto os iguais infratores quanto os inimigos estivessem sujeitos a medidas administrativas de coerção que visavam conter sua periculosidade, enquanto aquelas destinadas aos primeiros tinham função corretiva, as medidas dirigidas aos inimigos, muito mais perigosos, objetivavam sua eliminação¹²⁵.

Na categoria de inimigo, incluíam-se não apenas os dissidentes e os criminosos graves, mas também os considerados indesejáveis, como ladrões, prostitutas, homossexuais, bêbados, etc., que, já conhecidos como *classes perigosas*, foram depois tratados como pertencentes à *má vida*¹²⁶.

Destaque-se que o positivismo criminológico pretendia uma individualização ôntica do inimigo, vez que concebia tal designação não como um rótulo derivado da atribuição do poder político, mas como uma característica inerente, algo que decorria da própria natureza dos indivíduos, o que justificaria a possibilidade de reconhecimento dos inimigos pelo estereótipo¹²⁷.

Na vertente alemã do positivismo, destaca-se o pensamento de Franz Von Liszt, que embora afirmasse considerar o direito penal, com seus princípios e garantias, um limite essencial às políticas criminais autoritárias que visassem eliminar a criminalidade a qualquer custo, defendia a aplicação de penas perpétuas ou de duração indeterminada, com trabalhos forçados, aos indivíduos *incorrigíveis*, como os delinquentes habituais e os marginalizados sociais, considerados verdadeiros inimigos da sociedade. Desta forma, para estes inimigos, que representavam um perigo para a ordem social, o direito penal não consistia numa garantia, mas sim no instrumento de uma política criminal de “inocuidade”¹²⁸.

Portanto, ao sustentar a aplicação de penas com função ressocializadora aos iguais, penas intimidatórias aos ocasionais, considerados ainda mais iguais, e

¹²⁵ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 91-94.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 94.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 93.

¹²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo, p. 102-105.

penas neutralizantes por tempo indeterminado aos incorrigíveis¹²⁹, classificando os *delinquentes* nessas categorias, o referido autor acaba propondo, segundo Muñoz Conde, a existência de duas ou mais espécies de direito penal, com suas correspondentes concepções político-criminais:

(a) uma limitada por princípios jurídicos respeitosos aos direitos individuais e
(b) outra sem nenhum tipo de limites, de luta e extermínio daqueles que representavam um perigo à ordem social e eram classificados como incorrigíveis (considerando como tais mais da metade da população carcerária existente nesse momento da Alemanha)¹³⁰.

Embora Zaffaroni demonstre que já na Idade Média, ou mesmo na Antiguidade, existiam discursos legitimadores de tratamentos penais desiguais para os inimigos, de acordo com Muñoz Conde, é na ciência penal alemã do final do século XIX em diante que se pode localizar posições teóricas que, apesar de elaboradas em momentos históricos e durante regimes políticos diversos, podem ser concebidas como antecedentes imediatos da teoria do direito penal do inimigo de Jakobs, como é o caso das ideias de Franz Von Liszt (anteriormente explicitadas), Karl Binding e Edmund Mezger¹³¹.

Apesar de a proposta de Liszt ter sido criticada por Binding, que concebia a pena como retribuição da culpabilidade, contrapondo-se desta maneira à pura periculosidade como fundamento da sanção penal, também este autor defendia um tratamento penal diferenciado para determinados inimigos, identificados no seu caso com os reincidentes. Para estes, Binding sustentava que a pena deveria ser aplicada de maneira contundente, com o objetivo de inocuização, admitindo inclusive a prisão perpétua ou a pena de morte, caso necessário¹³².

Ademais, o citado professor de direito penal consentia com a aplicação de medidas de natureza policial aos indivíduos considerados perigosos, ainda que não culpáveis (embora não aceitasse sua denominação como pena), chegando a defender, já no final de sua vida, o extermínio dos “seres desprovidos de valor vital”,

¹²⁹ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 95.

¹³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo, p. 105.

¹³¹ *Ibidem*, p. 102.

¹³² *Ibidem*, p. 105-107. Muñoz Conde questiona inclusive se tal posicionamento de Binding não seria incoerente com a sua concepção da pena como retribuição da culpabilidade. Ademais, chama a atenção para as similaridades existentes com a proposta de Liszt, ainda que tais autores pertencessem a escolas penais diferentes.

como os enfermos mentais incuráveis ou indivíduos que estivessem em estado de inconsciência permanente¹³³.

Aliás, para Zaffaroni, desde a elaboração do anteprojeto do Código Penal suíço por Carl Stooss, no final do século XIX, o qual buscou sistematizar as medidas de segurança com acentuado rigor técnico, influenciando a legislação penal de vários outros países¹³⁴, teoriza-se a respeito de um direito penal dirigido aos iguais, que atua por meio de penas retributivas, com limites e garantias, e outro voltado aos estranhos ou inimigos, ainda que às vezes racionalizado como direito administrativo ou de polícia, aos quais se aplicam, em razão de sua periculosidade, medidas de coerção ilimitadas ou desproporcionais, independentemente da gravidade do fato cometido¹³⁵.

Interessante notar que o reconhecimento da aplicação de verdadeiros confinamentos de contenção a determinadas pessoas, conforme o grau de sua periculosidade, restou amplamente aceito pela doutrina penal do século passado, sem que tenham sido realizados muitos questionamentos acerca da possibilidade de sua admissão no direito¹³⁶. Isso porque, segundo Zaffaroni, além de a ideia de aplicar um tratamento diferenciado aos inimigos perigosos já estar internalizada por muitos penalistas da época, acreditava-se (ingenuamente ou não) na possibilidade de seu reconhecimento ôntico, ou seja, de que os inimigos fossem percebidos como tais em razão de sua própria existência, de sua própria natureza¹³⁷.

Tal concepção criava um forte sentimento de segurança, pois ao sustentar que os inimigos seriam individualizados por si próprios, e não por uma atribuição deste rótulo pelos detentores do poder, aparentava eliminar (falsamente) qualquer perigo de arbitrariedade política. Caso se pretendesse, eventualmente, impor a qualificação de inimigo a quem não o fosse, uma simples verificação empírica demonstraria a equivocidade da etiqueta¹³⁸.

A intensidade da segurança proporcionada pela individualização pretensamente ôntica do inimigo, associada aos argumentos de defesa social e de

¹³³ MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo, p. 107-108.

¹³⁴ CRUZ, Marcelo Lebre. **A inconstitucionalidade da medida de segurança face à periculosidade criminal**. 213 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito pelo Programa de Mestrado das Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil), em 14 de agosto de 2009. p. 11-13.

¹³⁵ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 96-97.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 100.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 103.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 104.

criação de uma nova e melhor sociedade, acabou estimulando o surgimento de radicalismos extremos legitimados por teorias racionalizadoras de um tratamento penal de verdadeiro genocídio dos grupos de indivíduos tidos como inimigos.

Nesse sentido, não se pode deixar de citar o projeto de lei alemão relativo ao tratamento dos “Estranhos à Comunidade”, elaborado durante o regime nacional-socialista, com a destacada participação do penalista Edmund Mezger e do criminólogo Franz Exner¹³⁹, e que objetivava neutralizar ou eliminar os indivíduos considerados “inimigos internos” do regime.

O estranho à comunidade, conforme disposto no referido projeto, era aquele que, “por sua personalidade ou forma de condução de vida, especialmente por seus extraordinários defeitos de compreensão ou de caráter é incapaz de cumprir com suas próprias forças as exigências mínimas da comunidade do povo”¹⁴⁰. Tal conceito, amplo o suficiente para possibilitar a inclusão de qualquer indivíduo que assim se quisesse rotular, abarcava, segundo Muñoz Conde, pessoas com as mais diversas características: desde mendigos, delinquentes sexuais, delinquentes com inclinação a cometer crimes graves ou delitos patrimoniais de pouca gravidade, até sujeitos briguentos e homossexuais¹⁴¹ – enfim, os sujeitos considerados indesejáveis pelos positivistas¹⁴² -, aos quais se destinavam penas de castração, esterilização, reclusão por tempo indeterminado em campos de concentração e até a pena de morte, conforme a categoria em que fossem dispostos¹⁴³.

Com a adoção do projeto, portanto, passariam a existir, conforme afirma expressamente Mezger em um de seus informes, dois (ou mais) tipos de direito penal: um direito penal com princípios e garantias, voltado à generalidade das pessoas, e um direito penal diferenciado ou “especial” dirigido a grupos especiais de pessoas - aos estranhos ou inimigos da comunidade, tais como os delinquentes por tendência¹⁴⁴.

¹³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo**: Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. 4. ed. rev. e ampl. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 85. Tal projeto chegou a ser aprovado, mas não entrou em vigor em razão de diversos acontecimentos relacionados à 2ª Guerra Mundial e a golpes internos sofridos por Hitler (p. 112-113).

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 118. Trata-se da última versão do Projeto de Lei, datada de 17/03/1944, artigo 1º.

¹⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo, p. 111.

¹⁴² ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 107.

¹⁴³ MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo, p. 111.

¹⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo**, p. 151-152.

A partir desta breve referência ao direito penal da Alemanha nazista, parece ser possível compreender a afirmação de Zaffaroni de que o direito penal do nacional-socialismo representou o “coroamento da individualização ôntica do inimigo”, desenvolvendo a noção de periculosidade até as suas consequências mais trágicas¹⁴⁵.

Atualmente, a manutenção de um direito penal baseado (ainda que não inteiramente) na ideia de periculosidade, caracterizado, como previamente mencionado, pela antecipação da punição para alcançar os atos preparatórios, cominação de penas desproporcionais, redução de garantias, aplicação desmesurada da prisão preventiva, demonstra a efetiva existência de inimigos aos quais se dirige um tratamento penal mais rigoroso, independentemente do reconhecimento formal de um direito penal do inimigo.

Tal regramento autoritário é legitimado por discursos que justificam essas medidas invocando a necessidade de neutralização do perigo representado por determinados indivíduos, como é o caso dos traficantes de drogas no Brasil (ainda que possa haver, muitas vezes, por trás de tais discursos, objetivos ocultos). Com isso, a partir de uma aparente escolha política pela segurança contra a criminalidade em detrimento das garantias individuais frente ao poder punitivo, aprovam-se normas penais e processuais penais antiliberais, fornecendo-se uma aparente sensação de segurança à população, restrita, muitas vezes, à produção de efeitos meramente simbólicos.

De toda forma, verifica-se das diversas teorias e racionalizações apresentadas que a ideia de aplicar um tratamento penal diferenciado aos indivíduos considerados perigosos, indesejáveis, estranhos ou inimigos (ou qualquer que seja a denominação utilizada), destituído dos princípios e garantias inerentes ao direito penal dirigido à generalidade, não consiste numa novidade trazida ao mundo jurídico por Jakobs, mas esteve por diversas vezes presente em discursos penal-criminológicos que buscaram legitimar, ainda que raras vezes de forma expressa, a existência de direitos penais diferenciados para pessoas rotuladas como diferentes ou perigosas pelos detentores do poder.

¹⁴⁵ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 107.

2.6 CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Apesar de Jakobs ter sido amplamente criticado ao propor a legitimação do direito penal do inimigo, tendo sua teoria sido rejeitada de plano de forma praticamente unânime na doutrina, a figura do inimigo da sociedade, a quem se aplica um tratamento penal diferenciado em razão de sua periculosidade, conforme visto, não consiste em nenhuma novidade para o poder punitivo e para a doutrina penal e criminológica.

Diante disso, parece que toda a polêmica gerada em torno da ideia de inimigo deveria dirigir-se não tanto (ou pelo menos não apenas) à proposta de Jakobs, mas principalmente ao direito penal e processual penal realmente existente nos ordenamentos jurídicos estatais e representativo de um “paradigma do inimigo” em efetiva expansão na atualidade. Mesmo porque não faria sentido restringir-se a discussões abstratas relativas à denominação (como fizeram alguns doutrinadores) de um fenômeno que já se mostra presente na realidade e que vem produzindo importantes consequências práticas.

Assim, neste tópico, decidiu-se por, sem deixar de fazer referência às principais críticas feitas diretamente à teoria do direito penal do inimigo de Jakobs, priorizar e aprofundar aqueles apontamentos que se dirigem também à figura do inimigo efetivamente presente na atuação concreta do sistema de justiça criminal, como um sujeito visto como perigoso (ou ainda mais perigoso que os criminosos comuns) que recebe um tratamento penal diferenciado, destituído de inúmeras garantias fundamentais e considerado essencial para a efetiva proteção da sociedade.

Conforme afirmado anteriormente, o alvo primordial das críticas na teoria de Jakobs, que gerou uma forte reação de espanto e desgosto na doutrina em geral, foi o vocabulário por ele utilizado, especificamente no que tange às noções de inimigo e “não pessoa”. Nesse sentido, foram apresentados os mais diversos argumentos: que o conceito de direito penal do inimigo corresponderia a uma retomada das ideias nazistas de exclusão de certos grupos; que seria semelhante às concepções bastante problemáticas de Mezger e Carl Schmitt; que a noção de “não pessoa” seria incompatível com o Estado de Direito e com os direitos humanos reconhecidos

nas constituições e em tratados internacionais; que constituiria uma espécie de terrorismo estatal e justificaria sistemas totalitários, etc.¹⁴⁶

Outra questão bastante polemizada diz respeito a se o direito penal do inimigo poderia ser reconhecido como direito penal ou se, por outro lado, consistiria numa mera reação defensiva de fato, instrumentalizada por meio de medidas de contenção, contra sujeitos considerados perigosos¹⁴⁷.

No entanto, apesar de tais discussões serem importantes a nível teórico, parecem desprovidas de sentido prático, vez que acabam se restringindo a uma mera questão abstrata de denominação. Rechaçar com todas as forças os termos “inimigo” e “não pessoa”, afirmando sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito e com as convenções internacionais, bem como argumentar no sentido da inconstitucionalidade da teoria de Jakobs ou negar ao direito penal do inimigo seu caráter de direito penal não impedem a existência concreta de um direito penal e processual penal com características de direito penal do inimigo, ainda que não designado desta maneira, voltado a indivíduos, embora não chamados expressamente de inimigos, cuja pretensa periculosidade se busca neutralizar.

Embora grande parte da doutrina tenha se detido nesses questionamentos, Jakobs ainda sofreu diversas outras críticas, seja em razão de seu pensamento funcionalista ou de sua ambiguidade ao não esclarecer se o direito penal do inimigo seria um conceito meramente descritivo ou legitimador, seja em razão de introduzir ideias bélicas no direito penal, buscando com isso controlar inimigos, ou de ignorar as teorias sociológicas do conflito, etc.

De toda forma, diante da extensão de um rol que não se pretende esgotar, decidiu-se por apresentar dois eixos basilares de críticas que não podem ser relegados quando se constata, como se pretendeu fazer ao longo deste capítulo, que a figura do inimigo a quem se aplica um tratamento penal diferenciado não consiste numa mera elucubração teórica, mas esteve constantemente presente na atuação do sistema de justiça criminal, que atualmente parece cada vez mais permeado pela lógica da “inimizade”.

¹⁴⁶ Para uma verificação das diversas críticas sofridas por Jakobs, v. Greco. Sobre o chamado direito penal do inimigo, p. 89-92. O autor faz uma listagem dos inúmeros argumentos invocados, apresentando as respectivas referências bibliográficas.

¹⁴⁷ V., por exemplo, Meliá (“Direito Penal” do Inimigo?, p. 72-80) e Sánchez (**A expansão do direito penal**, p. 195-196).

Assim, o foco central deste tópico não reside tanto nas críticas dirigidas ao reconhecimento formal de um direito penal do inimigo nos moldes propostos por Jakobs, ainda que esta crítica acabe restando implícita, mas sim naqueles apontamentos aplicáveis também ao direito penal do inimigo efetivamente existente nas sociedades, para que se possa refletir, nos próximos capítulos, acerca da urgente necessidade de sua transformação no que tange ao tráfico de drogas no Brasil.

2.6.1 Quem são os inimigos?

De acordo com Maria Lúcia Karam, enquanto os indivíduos processados e condenados pelo cometimento de fatos delituosos são identificados como os “criminosos”, os “outros”, os “maus”, compreendidos em contraposição aos “cidadãos de bem”, com a adoção do paradigma bélico na repressão à criminalidade, tais indivíduos passam à categoria de “inimigos”, aos quais não se reconhecem os mesmos direitos dos membros da sociedade em razão de sua apontada periculosidade¹⁴⁸.

Aliás, ressalta Meliá que, em todos os âmbitos relevantes de aplicação do direito penal do inimigo, como na criminalidade organizada, criminalidade relativa à imigração, tráfico de drogas e terrorismo, o inimigo não é identificado pelo ordenamento jurídico simplesmente como o “outro”, como um ente perigoso que deve ser neutralizado, mas sim como um inimigo mais num sentido pseudo-religioso que tradicional-militar, a quem se atribui uma noção de perversidade e contra quem se desenvolvem verdadeiras cruzadas¹⁴⁹.

Diante disso, resta a pergunta: quem são os indivíduos considerados inimigos?

Conforme visto anteriormente, de acordo com Jakobs, o Estado poderia legitimamente tratar aqueles que cometem fatos delituosos de duas maneiras: como cidadãos, a quem se aplica uma pena criminal com o objetivo de reafirmar a validade

¹⁴⁸ KARAM, Maria Lúcia. “Guerra às drogas” e criminalização da pobreza. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio. (Coords.). **Estudos críticos sobre o sistema penal**. Curitiba: LedZe, 2012. p. 679-697. p. 684-685.

¹⁴⁹ MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal do Inimigo?”, p. 71.

da norma violada, havendo assim uma interação simbólica entre o delito e a sanção criminal, e os inimigos, para quem a pena teria apenas o sentido de coação física, aplicada como forma de contenção da periculosidade diante de fatos futuros.

Segundo o penalista alemão, inimigo é aquele indivíduo que se afasta do direito de forma presumidamente duradoura, não oferecendo, em seu comportamento pessoal, um mínimo de segurança cognitiva necessária para que seja tratado como pessoa pelo Estado¹⁵⁰. Nas palavras do autor, em trecho já citado anteriormente, mas cuja referência parece imprescindível neste ponto:

Pretende-se combater, em cada um destes casos, a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização (...) se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa.¹⁵¹

Assim, para Jakobs, o inimigo seria o sujeito que, ao comportar-se por princípio de forma contrária ao direito, e não apenas incidentalmente, não oferece segurança cognitiva mínima em sua conduta a ponto de poder ser tratado como cidadão, como é o caso dos autores de crimes econômicos, tráfico de drogas e membros de organizações criminosas, por exemplo. No entanto, seguindo a crítica de Aponte, considerar o inimigo como aquele que se comporta necessariamente como tal consiste, quando menos, numa ingenuidade¹⁵², senão numa forma de encobrir a verdadeira natureza dessa designação.

Conforme aponta Zaffaroni, a partir de seu estudo histórico do exercício real do poder punitivo, a constante (e aparentemente interminável) sucessão de inimigos totalmente diferentes entre si ao longo da história demonstra que a identificação de sujeitos como inimigos foi sempre realizada com arbitrariedade pelos ocupantes do poder¹⁵³. Explica o autor que os inimigos sempre foram individualizados pelos detentores do poder conforme lhes fosse mais interessante, conveniente ou funcional, considerando como tais aqueles indivíduos que de alguma forma os enfrentavam ou incomodavam, ainda que imaginariamente, aos quais se aplicava

¹⁵⁰ JAKOBS, Gunther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 35.

¹⁵¹ *Idem*.

¹⁵² APONTE, Alejandro. *Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo*, p. 20.

¹⁵³ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*, p. 81.

um tratamento repressivo diferenciado, justificado pela invocação de emergências e mais ou menos rigoroso conforme o contexto político e econômico concreto¹⁵⁴.

Também nesse sentido, assevera Aponte que o inimigo é sempre um inimigo construído, definido como tal a partir de uma decisão relativa à inimizade e ao próprio inimigo, tomada por centros de poder às vezes situados até mesmo em outros países¹⁵⁵. Embora o autor admita que em algumas situações específicas se possa reconhecer delinquentes extremos pelo próprio comportamento externalizado, como na hipótese de um terrorista suicida que causa a morte de diversas pessoas, por exemplo, isso não se aplica para a grande maioria dos casos. No que tange ao regramento penal do crime organizado, narcotráfico, lavagem de dinheiro, etc., o conteúdo de tais normas e o seu real destinatário dependem, segundo o autor, de uma decisão¹⁵⁶.

A título exemplificativo, e buscando aproximar o argumento da realidade brasileira, cita-se o exemplo do sujeito criminalizado como traficante de drogas no Brasil. A identificação como inimigo, demonstrada pelo fato de que se encontra sujeito a um tratamento penal e processual penal extremamente rigoroso, marcado pela supressão de garantias e com nítido objetivo de neutralização, não decorre necessariamente da externalização de comportamentos que não oferecem um mínimo de segurança cognitiva, muito menos da própria natureza do indivíduo, mas sim de uma decisão tomada pelos centros de poder, que, motivados pelos mais diversos interesses, lhe atribuem o rótulo de inimigo.

Assim, tanto no que tange à criminalização primária, referente à elaboração de leis penais pelas agências políticas, quanto no âmbito da criminalização secundária, que representa a ação punitiva exercida por diversas agências de controle penal (tais como a polícia, promotores, juízes, advogados, agentes penitenciários) sobre pessoas concretas¹⁵⁷, o conteúdo das normas penais e os seus reais destinatários são determinados pelas agências do sistema penal, influenciadas pelas mais diversas circunstâncias.

Constata-se, portanto, que a individualização de inimigos e dos comportamentos considerados típicos de inimigos decorre de uma decisão a cargo

¹⁵⁴ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 82.

¹⁵⁵ APONTE, Alejandro. Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo, p. 19-20.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 20.

¹⁵⁷ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 43.

daqueles que exercem o poder, tomada às vezes de forma bastante arbitrária e pelas mais diferentes razões, sejam de ordem jurídica, política, econômica, ideológica, racial, etc., e geralmente justificada pela alegação (cada vez mais comum) de necessidade de reação frente a alguma emergência¹⁵⁸, tal como o aumento excessivo da criminalidade.

Nesse sentido, afirma Meliá que os autores de crimes frente aos quais reage um direito penal do inimigo não são necessariamente dotados de uma extrema periculosidade, como se busca fazer parecer, mas recebem tal tratamento porque suas condutas delitivas afetam elementos especialmente vulneráveis da identidade social. Diante disso, o autor formula a hipótese de que o excessivo punitivismo no que tange ao tratamento penal das drogas pode ser decorrente não apenas dos efeitos negativos do consumo, mas da insuficiente fundamentação axiológica e da pouca efetividade das políticas públicas voltadas à redução ou erradicação do consumo¹⁵⁹.

Importante destacar que a referência ao poder como individualizador do inimigo não se restringe unicamente ao poder político, mas inclui também outras formas de exercício de poder, como o poder econômico e o poder midiático, que atualmente desempenham um papel fundamental na identificação do inimigo da vez.

Aliás, especialmente no que se refere aos meios de comunicação em massa, além de atuarem na difusão do sentimento de medo e insegurança social, essenciais para legitimar a implementação de um direito penal cada vez mais exacerbado e autoritário, o poder midiático certamente contribui para a criação e divulgação dos estereótipos dos indivíduos a serem rotulados como inimigos, como ocorre em relação ao traficante de drogas no Brasil.

A partir da constatação de que a individualização dos inimigos decorre de decisões daqueles que exercem o poder, mostra-se importante ressaltar a extrema seletividade (característica estrutural do sistema penal, mas que parece ainda mais grosseira no direito penal do inimigo, em razão de seus efeitos essencialmente simbólicos) existente na identificação concreta de inimigos pelas agências de criminalização secundária. Nos termos de Aponte, o direito penal dirigido aos

¹⁵⁸ Interessante, neste ponto, a reflexão de Zaffaroni de que “o poder planetário fabrica inimigos e emergências – com os consequentes Estados de exceção – em série e em alta velocidade” (**O inimigo no direito penal**, p. 16).

¹⁵⁹ MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal do Inimigo?”, p. 76-78.

sujeitos identificados como inimigos consiste numa “máquina de produção de seletividade”¹⁶⁰ dotada de efeitos simbólicos.

Com efeito, tratando-se de um modelo de direito penal politizado, de reação conjuntural, aplicado de forma seletiva, e cujas normas não guardam estrita obediência aos princípios e prescrições dogmáticas, o direito penal do inimigo acaba não se aplicando, na maioria das vezes, aos indivíduos simbolicamente tratados como destinatários de suas normas nos discursos que o legitimam, tais como os grandes criminosos do narcotráfico ou do crime organizado, mas sim a pequenos delinquentes ou até mesmo a pessoas inocentes que acabam cumprindo a função de bodes expiatórios¹⁶¹.

Nesse sentido, considerando a seletividade de sua aplicação, Aponte destaca que a ideia de que um direito penal com tais características poderia constituir um instrumento efetivo de combate à grande criminalidade representa um discurso puramente retórico, voltado unicamente à produção de efeitos simbólicos¹⁶².

Além disso, outra crítica bastante relevante ao direito penal do inimigo consiste na sua aproximação a um direito penal de autor, vez que o tratamento penal diferenciado se orienta não tanto pelo fato delitivo efetivamente cometido (direito penal do fato), mas por aquilo que o indivíduo é ou parece ser, ou em razão de sua periculosidade¹⁶³ ou “tendência ao delito”.

Como explica Meliá, a própria regulação do direito penal do inimigo objetiva, mais do que definir fatos puníveis, identificar determinados grupos de sujeitos como inimigos¹⁶⁴, destinando-lhes um tratamento penal que tem como principal finalidade a contenção física em razão da periculosidade.

Nesse sentido, as legislações bastante repressivas relativas ao tráfico de drogas, às organizações criminosas e ao terrorismo, por exemplo, podem ser explicadas não apenas pela suposta gravidade inerente a tais crimes, mas pela preocupação das agências políticas com os indivíduos que os cometem, considerados inimigos porque, ao menos segundo as justificativas oficialmente

¹⁶⁰ APONTE, Alejandro. Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo, p. 26.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 26-27.

¹⁶² *Ibidem*, p. 27.

¹⁶³ APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano, p. 16.

¹⁶⁴ MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal do Inimigo?”, p. 81.

declaradas (que podem encobrir outras finalidades), não integrariam os valores e padrões de conduta da sociedade¹⁶⁵.

Ressalte-se por fim que, de acordo com Cirino dos Santos, a admissão da ideia de inimigo como um diferenciado tipo de autor de crimes, em contraposição ao cidadão, acarreta a introdução de um duplo sistema de imputação penal e processual penal:

a) o sistema penal seria constituído por um Direito Penal da culpabilidade pelo fato passado de autores definidos como cidadãos, por um lado, e por um Direito Penal preventivo da medida de segurança pelo perigo de fato futuro de autores definidos como inimigos, por outro lado; b) o sistema processual penal seria cindido entre a imputação fundada no princípio acusatório para o cidadão, acusado com as garantias constitucionais do processo legal devido (ampla defesa, presunção de inocência etc.), por um lado, e a imputação fundada no princípio inquisitório para o inimigo, punido sem as garantias constitucionais do processo legal devido (defesa restrita, presunção de culpa etc.), com investigações ou inquéritos secretos, vigilâncias sigilosas, interceptação telefônica, escuta ambiental, prisões temporárias, proibição de contato com advogado etc., por outro lado.¹⁶⁶ (sem os grifos do original).

Verifica-se, portanto, que o sistema de imputação penal e processual penal diferenciado voltado aos inimigos, concretamente presente nos ordenamentos jurídicos positivos, é marcado por determinadas características (tais como a antecipação da intervenção punitiva para abranger condutas que ainda não oferecem lesão aos bens jurídicos, a previsão de penas extremamente rigorosas ou desproporcionais, a inocuização mediante prisões cautelares que acabam se arrastando durante todo o processo e a supressão ou redução de garantias de modo a facilitar a punição) que tornam evidente a aproximação a um direito penal de autor, tendo em vista a finalidade primordial de neutralização de determinados indivíduos cuidadosamente selecionados em detrimento do objetivo de punição pelos atos cometidos.

2.6.2 A ruína do Estado Democrático de Direito na luta contra os inimigos

¹⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. De novo sobre o Direito penal do inimigo, p. 9.

¹⁶⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. In: COUTINHO, Aldacy et. al. (Orgs.). **Liber amicorum**: homenagem ao prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 541-555. p. 548.

De acordo com Muñoz Conde, além de ser questionável o efeito preventivo do direito penal do inimigo em relação à contenção da criminalidade, já que os sujeitos identificados como inimigos, tais como os terroristas, traficantes e membros de organizações criminosas, não parecem se sentir intimidados pelo risco de sofrer a aplicação de um direito penal sem garantias (ou mesmo do direito penal com garantias), o direito penal do inimigo consiste numa verdadeira ameaça aos princípios e garantias do Estado Democrático de Direito¹⁶⁷.

A essência do tratamento penal diferencial dirigido aos inimigos, conforme explica Zaffaroni, encontra-se na negação, pelo direito, da condição de pessoa, com a privação de determinados direitos individuais. Embora o direito penal do inimigo concretamente existente nos ordenamentos jurídicos não faça qualquer referência à perda da qualidade de pessoa, como faz Jakobs em sua proposta, assevera o autor argentino que quando os indivíduos são tratados como meros entes perigosos que devem ser contidos, sendo-lhes por esse motivo suprimidos certos direitos (ainda que outros sejam mantidos), tais sujeitos são coisificados, ainda que isso seja ocultado. Dessa forma, há uma negação, mesmo que implícita, da sua condição de pessoa, da sua qualidade de portadores dos direitos inerentes à pessoa humana¹⁶⁸.

Tal distinção entre cidadãos e inimigos, com níveis extremamente diversos de proteção jurídica e diferentes sistemas de imputação penal e processual penal, consiste numa afronta aos princípios do Estado de Direito, cujos direitos e garantias fundamentais, tanto de ordem material (como os princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da intervenção mínima e da culpabilidade) quanto processual (como o direito à presunção de inocência, à tutela jurisdicional, a não produzir prova contra si mesmo, etc.), constituem, nos termos de Muñoz Conde, “pressupostos irrenunciáveis da própria essência do estado de direito”¹⁶⁹.

A partir do momento em que se admite a renúncia dessas garantias em nome da luta (de eficácia bastante duvidosa) contra a criminalidade, mesmo que apenas em situações extremas, abre-se espaço para o desmantelamento do Estado de Direito, visto que o ordenamento jurídico se afasta do seu referencial de valores e se

¹⁶⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. De novo sobre o Direito penal do inimigo, p. 32.

¹⁶⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 18-19.

¹⁶⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. De novo sobre o Direito penal do inimigo, p. 24-25.

transforma num instrumental a serviço dos interesses daqueles que controlam o Estado, ou seja, num Direito do Estado¹⁷⁰.

Assim, o direito penal do inimigo, tanto em sua vertente teórica, representada pela teoria de Jakobs, quanto em sua faceta prática, consubstanciada na presença real e jurídica de indivíduos considerados inimigos, ainda que não designados dessa forma, deve ser frontalmente refutado, pois permite a introdução de elementos típicos do Estado absoluto no Estado de Direito, podendo acarretar, com isso, a destruição deste¹⁷¹.

Aliás, segundo Zaffaroni, um dos grandes equívocos da teoria de Jakobs, ao propor uma estratégia de contenção do direito penal do inimigo mediante seu reconhecimento formal, com o objetivo de proteger o direito penal liberal de sua indevida intromissão, consistiu justamente em não levar em consideração o fato assinalado anteriormente por Carl Schmitt de que não há espaço jurídico para o inimigo no marco do Estado de Direito, mas apenas num Estado absoluto, que atua sem quaisquer limites. E nesse mesmo erro incorreram inúmeros penalistas e filósofos de teoria política que admitiram um conceito não bélico de inimigo (em suas diversas variantes) no Estado de Direito, sem perceber que isso significaria o abandono dos princípios e fundamentos deste modelo estatal¹⁷².

Considerando que a individualização dos inimigos está condicionada às decisões dos detentores do poder, estes, invocando situações de emergência e necessidade, podem identificar indivíduos como inimigos de acordo com seus próprios interesses e por meio de juízos de periculosidade totalmente subjetivos, sem que se possa oferecer qualquer resistência, recaindo com isso na lógica absolutista da teoria schmittiana¹⁷³.

De nada adiantaria argumentar, nesse contexto, que o inimigo só é privado da condição de pessoa na exata medida da necessidade para conter sua periculosidade, sendo mantidos todos os seus demais direitos, de forma que o direito penal do inimigo acarretaria uma mera limitação ao princípio do Estado de Direito determinada pela estrita necessidade diante de fenômenos de especial gravidade. Isso porque, tendo em vista a inexistência de segurança absoluta, aquele que exerce o poder sempre pode invocar a necessidade de mais segurança para

¹⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. De novo sobre o Direito penal do inimigo, p. 25.

¹⁷¹ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 160.

¹⁷² *Ibidem*, p. 159.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 162-163.

proteger a Constituição e o Estado de Direito, de maneira que o grau de periculosidade do inimigo e a intensidade da despersonalização a que é submetido ficam inevitavelmente condicionados à subjetividade dos detentores de poder¹⁷⁴.

Nesse sentido, a “estrita medida da necessidade” não oferece qualquer baliza ao poder do soberano que, a partir da noção de inimigo da sociedade a quem se negam direitos e garantias fundamentais, tende a se ampliar, inexistindo quaisquer limites que efetivamente impeçam a destruição do Estado de Direito e a redução dos indivíduos considerados inimigos à “vida nua” no sentido de Agamben¹⁷⁵.

Ressalte-se, ademais, que o tratamento penal diferenciado não afeta unicamente os seus destinatários, pois para individualizar e neutralizar aqueles considerados inimigos, os quais se encontram imersos em meio à população, não sendo identificáveis de plano, o Estado frequentemente acaba por restringir as garantias e liberdades de todos os cidadãos, justificando-se com base na ideia de efficientismo penal. Exemplo disso é que, permitindo-se a interceptação de comunicações telefônicas com o intuito de identificar inimigos, a intimidade de muitos cidadãos fica exposta às investigações¹⁷⁶.

Da mesma forma, a criminalização de atos preparatórios que não representam qualquer perigo a bens jurídicos e a limitação de garantias processuais, por meio de restrições ao direito de defesa, aumento da duração de prisões preventivas, presunções, denúncias anônimas, imputações de coautores e espiões, admissão de provas extraordinárias, etc., constituem medidas características de um direito penal e processual penal autoritário que ampliam o risco de que inúmeras pessoas sejam penalmente processadas e até condenadas indevidamente como inimigas¹⁷⁷.

Verifica-se, desta forma, que a existência de um tratamento penal diferenciado para inimigos acarreta o exercício de um controle social muito mais autoritário sobre todos os cidadãos, que ficam expostos a limitações à liberdade,

¹⁷⁴ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 24-25, 152.

¹⁷⁵ Em linhas gerais, pois se trata de uma noção bastante complexa, Agamben define a “vida nua”, a partir das ideias de Walter Benjamin, como “a vida *matável* e *insacrável* do *homo sacer*”, figura esta resgatada do direito romano arcaico. A vida do *homo sacer*, embora considerada sacra, poderia ser eliminada por qualquer indivíduo impunemente. (AGAMBEN, Giorgio. **O poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. 1. reimp. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 16, 79-81). Trata-se, de modo geral, da vida como simples viver, da vida pura, desqualificada, desprotegida de direitos, exposta à violência e à morte.

¹⁷⁶ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 116-117.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 117.

supressão de garantias e até mesmo ao risco de sofrerem penalidades indevidas¹⁷⁸, num quadro típico de Estado absoluto, em que o ordenamento penal deixa de representar uma garantia dos indivíduos frente ao poder punitivo do Estado e se transforma num instrumento de guerra do Estado em face de seus inimigos próprios.

Com isso, ocorre uma debilitação das instituições e controles próprios do Estado de Direito, muitas vezes estigmatizados pelos meios de comunicação de massa e pelos detentores do poder como obstáculos à neutralização dos perigos¹⁷⁹, e abre-se espaço para a prática de uma série de arbitrariedades, como atos de corrupção, tortura, vinganças pessoais, perseguição de dissidentes¹⁸⁰ e insubordinados, etc.

Portanto, a presença real e jurídica da figura do inimigo (para além do direito de guerra, que implicaria o respeito a determinados tratados internacionais), a quem se aplica um tratamento penal diferenciado, conduz à violação de inúmeros direitos e garantias fundamentais, não apenas dos indivíduos considerados inimigos, mas de todos os cidadãos, podendo levar à destruição do Estado de Direito e à formação de um Estado absoluto que atua sem quaisquer limites. Como afirma Aponte, “na luta contra a ameaça, o direito penal se converte, ele mesmo, em uma grande ameaça”¹⁸¹.

Diante dessas trágicas consequências para o Estado de Direito, mostra-se imprescindível tentar identificar o direito penal do inimigo efetivamente existente nos ordenamentos jurídicos e refletir acerca de seus efeitos, buscando repensar os problemas sociais a partir de uma perspectiva compatível com os direitos e garantias fundamentais do Estado de Direito. Nesse contexto é que se propõe, nos próximos capítulos, a realização de um estudo da política criminal e do tratamento jurídico do tráfico de drogas no Brasil.

¹⁷⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 118.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 151.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 119.

¹⁸¹ APONTE. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano, p. 23. Tradução livre. No original: “(...) en la lucha contra la amenaza, el derecho penal se convierte, él mismo, en una gran amenaza”.

3 A CONSTRUÇÃO DISCURSIVA DA FIGURA DO TRAFICANTE DE DROGAS COMO INIMIGO DA SOCIEDADE

O tráfico de drogas tem sido considerado, no século XX e neste início do século XXI, um dos grandes desafios a serem enfrentados pelos países, tanto a nível interno quanto internacional. Identificado pelos discursos governamentais e midiáticos como causador de inúmeros problemas que afligem as sociedades contemporâneas, difusor de substâncias extremamente nocivas à saúde, associado à violência urbana e à formação de perigosas empresas criminosas internacionais¹⁸², o tráfico é visto atualmente como um mal a ser erradicado a qualquer custo, o que tem ensejado a aprovação de leis e medidas cada vez mais repressivas.

No entanto, a proibição da produção, do consumo e do comércio de algumas drogas consideradas ilegais, longe de acabar com o uso e o tráfico de tais substâncias, instaura e impulsiona um mercado ilegal que se torna cada vez mais lucrativo¹⁸³, o qual, por sua vez, estimula a edição de medidas ainda mais repressivas, num fenômeno circular que termina por desencadear uma política criminal de verdadeira guerra às drogas. Nesse contexto, os grandes traficantes de drogas tornam-se o alvo declarado de um direito penal do inimigo que, além de mostrar-se ineficaz quanto aos seus objetivos oficiais de proteção à saúde pública e atuar apenas simbolicamente em relação aos seus pretensos destinatários, produz inúmeras violações a direitos fundamentais e efeitos colaterais bastante danosos à sociedade como um todo.

Destaque-se que a identificação do comércio ilegal de drogas como uma ameaça à segurança internacional e do traficante como inimigo da sociedade, legitimadores da adoção de um direito penal do inimigo em relação a tal indivíduo, correspondem não a um fenômeno natural, mas a discursos construídos historicamente e socialmente, condicionados por inúmeras variantes e fundados essencialmente na criminalização de determinadas substâncias produtoras de efeitos psicoativos.

Diante disso, após apresentar, tendo como marco teórico o estudo de Rosa Del Olmo, inúmeros discursos historicamente construídos em torno das drogas, pretende-se desenvolver, neste capítulo, uma breve investigação acerca da

¹⁸² RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico**: uma guerra na guerra. São Paulo: Desatino, 2003. p. 11.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 12-13.

concepção e do desenvolvimento do proibicionismo em matéria de drogas ao longo do século XX, bem como da construção histórico-discursiva da figura do traficante como inimigo da sociedade nos Estados Unidos, apontando seus reflexos nos tratados internacionais e na legislação interna de outros países.

Em seguida, diante de seu poder de influência sobre os ordenamentos jurídicos de diversos Estados, busca-se analisar as principais convenções internacionais atualmente vigentes em relação às drogas, ressaltando seu extremo rigor no que tange à repressão ao tráfico, bem como examinar algumas importantes modificações históricas ocorridas no tratamento jurídico do tráfico de drogas no Brasil. Assim, será possível rastrear alguns elementos que levaram à identificação, em termos discursivos, do traficante de drogas como inimigo da sociedade especificamente neste país, não apenas como decorrência da adesão às tendências internacionalmente difundidas, mas também como fruto de um contexto cultural e político peculiar. Tal estudo parece essencial para permitir uma melhor compreensão da atual política criminal de drogas no Brasil, bem como do tratamento penal e processual penal bastante diferenciado dirigido aos traficantes de drogas neste país, além de seus importantes efeitos.

3.1 OS DIVERSOS DISCURSOS CONSTRUÍDOS EM TORNO DA QUESTÃO DAS DROGAS

Antes de iniciar o estudo acerca da concepção do proibicionismo, mostra-se importante buscar introduzir a questão das drogas como uma realidade social envolta por diversos discursos frequentemente apresentados como modelos explicativos universais¹⁸⁴, mas que muitas vezes apenas situam as drogas em formulações maniqueístas, repletas de preconceitos morais, servindo assim somente como obstáculo para uma efetiva compreensão do fenômeno.

Inicialmente, deve-se salientar que inexiste uma definição única e precisa acerca do significado da palavra droga, até mesmo por tratar-se de um objeto de

¹⁸⁴ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. 1. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2009. p. 22.

estudo de inúmeras áreas do conhecimento e não apenas do campo jurídico¹⁸⁵, o que acaba reforçando as obscuridades e confusões existentes em torno do tema.

Embora a origem do termo droga seja controversa¹⁸⁶, ele provavelmente decorre, conforme Carneiro, da palavra holandesa “droog”, indicativa de produtos secos. Interessante notar que entre os séculos XVI e XVIII, o vocábulo, bastante distante das atuais acepções, significava um conjunto de substâncias naturais exploradas nas colônias, tais como as especiarias orientais e, no Brasil, o pau-brasil e o açúcar, usadas principalmente para finalidades médicas e alimentícias, incluindo o consumo por mero prazer¹⁸⁷.

Atualmente, segundo Del Olmo, o termo “droga”, tanto no sentido médico-científico quanto na linguagem usual, consiste numa expressão imprecisa, utilizada genericamente para incluir qualquer substância capaz de alterar as condições psíquicas e/ou físicas do ser humano¹⁸⁸, abarcando, deste modo, tanto substâncias lícitas quanto ilícitas.

Do ponto de vista jurídico, de acordo com a legislação de drogas atualmente em vigor no Brasil, “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”¹⁸⁹. A Lei n.º 11.343/06 consagra, portanto, a utilização da técnica legislativa da norma penal em branco, remetendo a definição das substâncias consideradas como drogas a especificações legais ou listas administrativas. Atualmente, o controle de drogas no Brasil é realizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), vinculada ao Ministério da Saúde, estando vigente, conforme o artigo 66 da referida lei, a Portaria SVS/MS n.º 344, de 12 de maio de 1998, constantemente atualizada por este órgão governamental, a qual apresenta a relação das substâncias qualificadas como drogas¹⁹⁰.

Deste modo, a identificação das drogas fica sob a responsabilidade decisória de um órgão executivo que nem sempre parece se basear nos efeitos danosos

¹⁸⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: prevenção-repressão. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 28.

¹⁸⁶ *Idem*, nota 13.

¹⁸⁷ CARNEIRO, Henrique. Transformações do significado da palavra “droga”: das especiarias coloniais ao proibicionismo contemporâneo. In: VENÂNCIO, Renato Pinto; _____. (Orgs.). **Álcool e drogas na história do Brasil**. São Paulo: PUCMinas, 2005. p. 11-27. p. 11.

¹⁸⁸ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 21-22.

¹⁸⁹ Artigo 1º, parágrafo único, da Lei n.º 11.343/06.

¹⁹⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**, p. 120-122.

causados pelo consumo das substâncias para determinar sua proibição ou licitude¹⁹¹. Conforme assevera Del Olmo, as drogas ilícitas são muito diferentes entre si, até mesmo nas alterações orgânicas que provocam no indivíduo, possuindo como única característica comum o fato de serem proibidas¹⁹².

Assim, para a autora, o essencial para classificar as drogas como lícitas ou ilícitas não parece ser a substância em si, sua definição ou sua capacidade de ocasionar efeitos psíquicos ou físicos, mas sim o discurso criado em torno delas¹⁹³. Isso explica por que algumas substâncias psicoativas, como a maconha, a cocaína e a heroína, são identificadas como ilícitas apesar de não serem essencialmente diferentes de outros compostos considerados legais, mas que também ocasionam alterações orgânicas, podendo inclusive causar dependência, como o álcool e o tabaco, por exemplo¹⁹⁴.

Aliás, embora a possibilidade de ocasionar dependência possa parecer um importante filtro para a seleção das substâncias identificadas como drogas, já que expressamente prevista no artigo 1º, parágrafo único, da Lei n.º 11.343/06, a ideia de vício ou hábito, ou tecnicamente adição ou dependência, os quais indicam quadros de comportamentos compulsivos ou obsessivos, pode abranger, segundo Carneiro, inúmeros segmentos da atividade humana¹⁹⁵.

Partindo da noção ampla de vício como “patologia da autodisciplina” ou “incapacidade de administrar o futuro”, o referido autor assevera que diversos comportamentos humanos, tais como o sexo, o jogo, o trabalho, a comida e o esporte, podem dotar-se das características de vício, de modo que, de uma forma ou de outra, somos todos viciados, ainda que nosso vício esteja relacionado a substâncias ou atividades lícitas¹⁹⁶.

¹⁹¹ As drogas ilícitas, segundo o Glossário de Álcool e Drogas editado pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, são aquelas substâncias psicoativas “cuja produção, venda ou uso são proibidos”. De todo modo, deve-se salientar que embora seja comum a referência às drogas como lícitas ou ilícitas, a ilicitude, conforme explica o Glossário citado, diz respeito não à droga em si, mas à produção, venda ou uso fora dos parâmetros legais ou regulamentares. (BRASIL. **Glossário de álcool e drogas**. 2. ed. Brasília: Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2010. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/crackepossivelvencer/publicacoes/material-informativo/serie-por-dentro-do-assunto/glossario.pdf>>. Acesso em: 18/09/2013. p. 58-59).

¹⁹² OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 22.

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ KARAM, Maria Lúcia. Políticas de drogas: alternativas à repressão penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, ano 12, p. 360-374, mar./abr. 2004. p. 361.

¹⁹⁵ CARNEIRO, Henrique. Transformações do significado da palavra “droga”, p. 19.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 19-20.

De acordo com Carneiro, a grande diferença entre drogas e alimentos, entre drogas lícitas e ilícitas, está no regime jurídico e político regulatório do direito à livre escolha, sendo o sistema da proibição “o divisor de águas, a matriz constituidora de todos os problemas decorrentes do uso de drogas ilícitas”. Assim, na medida em que consiste num espaço estritamente regulamentado, vigiado, censurado ou mesmo estimulado e exaltado, conforme a substância de que se trate, o tema das drogas constitui um campo bastante propício para o exercício do biopoder estatal¹⁹⁷.

De todo modo, considerando que nem todas as substâncias tóxicas são consideradas drogas, Ruggiero defende a impossibilidade de haver um conceito científico de droga, na medida em que tal definição se funda, em seu entendimento, numa avaliação política e moral. Para este autor, trata-se de um conceito avaliativo (e não descritivo), construído por definições socialmente institucionalizadas, que traz consigo uma ideia de norma e de proibição, de algo de que se deve manter distância¹⁹⁸.

Nesse contexto de difusão de informações distorcidas e confusas a respeito das drogas, em que estas acabam associadas ao desconhecido e ao proibido, é que a palavra droga acaba funcionando, segundo Del Olmo, “como estereótipo, mais do que como conceito; como crença, mais do que como descoberta científica pesquisada”¹⁹⁹. Com efeito, apresentadas muitas vezes como um “mal universal”, um “flagelo” capaz de destruir a humanidade, incontrolável pelos meios ordinários, constrói-se um discurso em torno das drogas que legitima a edição de medidas extremamente rigorosas, excepcionais ou emergenciais para lidar com a questão²⁰⁰.

Aliás, de acordo com a autora citada, o agrupamento de diversas substâncias na categoria “droga”, utilizada no singular, funciona como uma estratégia que permite confundir, além de distinguir as proibidas das permitidas conforme razões de conveniência, incluindo no mesmo discurso características relativas ao sujeito envolvido (consumidor/traficante, doente/perverso), estabelecendo,

¹⁹⁷ CARNEIRO, Henrique. Transformações do significado da palavra “droga”, p. 20-24.

¹⁹⁸ RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e Mercados**: Ensaios em Anticriminologia. Trad. Davi Tangerino, Luciana Boiteux, Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 81. Ressalta-se que o autor desconsidera o uso médico da palavra “droga”, afirmando a inexistência desse sentido nas línguas européias.

¹⁹⁹ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 22.

²⁰⁰ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**: as Drogas Tornadas Ilícitas. Escritos sobre a Liberdade. v. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 6.

preferencialmente, polarizações do tipo bem x mal, fundamentais para a criação de consensos axiológicos e normativos²⁰¹.

Na mesma esteira, a utilização inadequada de diversos termos em sentido genérico e como se fossem sinônimos, tais como narcóticos, entorpecentes, tóxicos, desconsiderando suas especificidades técnicas, além da própria imprecisão do termo droga, acabam contribuindo, segundo Rodrigues, para aglutinar num único bloco todas as substâncias perseguidas pelos governos, reunindo o inimigo e facilitando, com isso, a declaração de guerra às drogas²⁰².

Desta forma, embora a confusão terminológica possa derivar da reprodução impensada (ainda que de boa-fé) de classificações equivocadas²⁰³, termina por desempenhar a relevante função política de criação de consenso acrítico e negativo em torno de uma série de substâncias – bastante diferentes entre si - indicadas pelos órgãos governamentais como drogas (quaisquer que sejam as razões de escolha de alguns compostos em detrimento de outros).

De acordo com Del Olmo, diversos discursos foram construídos historicamente em torno da questão das drogas, possibilitando a formulação de estereótipos e legitimando, com isso, o controle social formal realizado por meio do direito em relação às substâncias psicoativas e seus atores²⁰⁴. Com base num estudo dos discursos criados desde a década de 50 nos Estados Unidos e na América Latina, com ênfase nas suas interessantes modificações e nas inúmeras variáveis que os condicionam, bem como nas políticas implementadas a partir deles, referida autora identifica quatro discursos referentes às drogas: o discurso médico, cultural, moral e jurídico, sendo este último o que mais interessa na presente dissertação.

O discurso médico é aquele que identifica o usuário de drogas como um “doente” e estas como “epidemia” ou “praga”, fundamentando a criação do estereótipo da dependência, que situa a questão das drogas como um problema de saúde pública. Já o discurso cultural, produzido pelos meios de comunicação, permite a formulação do estereótipo cultural do jovem drogado que se manifesta contrariamente ao consenso. Por sua vez, o discurso moral difunde o estereótipo moral do consumidor como um sujeito “viciado”, “ocioso”, que não se porta de forma

²⁰¹ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 23.

²⁰² RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 21.

²⁰³ *Idem*.

²⁰⁴ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 23.

condizente com os padrões sociais estabelecidos, identificando as drogas como “prazer proibido”, “veneno da alma” ou “flagelo”²⁰⁵.

Tais estereótipos são fortalecidos com o discurso jurídico (associado muitas vezes a um discurso político legitimador), que identifica todas as drogas ilícitas, os consumidores e traficantes como perigosos, desconsiderando suas diferenças, e criando, com as legislações sobre drogas, o estereótipo criminoso. Aliás, ao considerar ilegais apenas aquelas condutas relacionadas com as drogas que este mesmo discurso qualifica como ilícitas, sustenta a autora que o discurso jurídico legitima a polarização bem x mal²⁰⁶.

Ressalte-se que tais discursos aparecem muitas vezes de forma imbricada, prevalecendo atualmente na política criminal e na legislação brasileira de drogas os discursos médico-jurídico e político-jurídico, que consideram o usuário um indivíduo doente que deveria se submeter a tratamento médico e identificam o traficante como um criminoso extremamente perigoso, a quem se dirige um tratamento penal e processual com características de direito penal do inimigo. Com efeito, conforme explica Carvalho, os discursos presentes na Lei de Drogas brasileira, além de reforçar a ideologia da diferenciação, implementando os estereótipos da dependência e da criminalidade, fomentam a construção e a aplicação da categoria de inimigo aos traficantes de drogas²⁰⁷.

De todo modo, cumpre salientar que os diferentes discursos elaborados em torno das drogas e seus respectivos estereótipos, bem como a pretensão de torná-los universais, atemporais e a-históricos, segundo Del Olmo, apenas fornecem suporte aos interesses dos que exercem poder, contribuindo para confundir e ocultar as dimensões psicológicas, sociais, políticas e econômicas realmente envolvidas na questão²⁰⁸.

Com base na análise realizada pela autora, buscar-se-á apresentar, ao longo deste capítulo, como a identificação do traficante de drogas como inimigo da sociedade surgiu a partir de um discurso político-jurídico construído nos Estados Unidos e exportado para a legislação interna de vários países, incluído o Brasil, ainda que nestes tenha recebido suporte de uma base ideológica autoritária,

²⁰⁵ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 23-24.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 24.

²⁰⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 448.

²⁰⁸ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 25-26.

legitimando a institucionalização de um direito penal e processual penal bastante diferenciado a ser aplicado aos sujeitos criminalizados pelo delito de tráfico.

3.2 A CONCEPÇÃO DO PROIBICIONISMO EM MATÉRIA DE DROGAS

A política de criminalização de condutas relacionadas à produção, circulação e consumo de determinadas substâncias alteradoras da consciência corresponde, de acordo com Karam, à manifestação mais sistemática, ampla e danosa do proibicionismo a nível global²⁰⁹. Este pode ser conceituado, ainda segundo a autora,

como um posicionamento ideológico, de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal, sem deixar espaço para as escolhas individuais, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano para terceiros.²¹⁰

Nesse contexto, o modelo proibicionista de controle das drogas consiste numa política criminal globalizada²¹¹, caracterizada pela criminalização de condutas que abrangem todo o circuito (produção, distribuição e consumo) de certas substâncias psicoativas reputadas como ilícitas²¹², e que tem como escopo, por meio da coação e da ameaça de sanção, alcançar uma sociedade totalmente livre de drogas ilegais.

Os discursos defensores deste modelo se baseiam, de acordo com Rodrigues, em dois pilares básicos: num fundamento moral que considera a abstinência um ideal de virtude, reprovando qualquer comportamento que se afasta de um determinado padrão (decorrente, quando do início da proibição às drogas, da tradição puritana do protestantismo anglo-saxão), e num fundamento sanitário-social que, partindo da falsa premissa de que a proibição legal poderia erradicar o

²⁰⁹ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 1.

²¹⁰ *Idem*, nota 1.

²¹¹ Ainda que se perceba, atualmente, um movimento de vários Estados na busca por soluções e propostas que abordem a questão das drogas de forma diferenciada. Tais países, diante do fracasso do proibicionismo em seu objetivo declarado de erradicação das drogas e das consequências nefastas por ele produzidas, vêm adotando políticas alternativas de controle de drogas, como a redução de danos, a descriminalização e a legalização, conforme se aprofundará no capítulo final.

²¹² KARAM, Maria Lúcia. Políticas de drogas: alternativas à repressão penal, p. 360-361.

consumo e o comércio de tais substâncias, apresenta o proibicionismo como forma eficaz de evitar os efeitos danosos causados pelo uso de drogas ilegais²¹³.

No entanto, tais fundamentos, especialmente no que tange à proteção da saúde pública, que corresponde ao argumento mais recorrente no Brasil, visto tratar-se do bem jurídico supostamente tutelado pelas normas penais incriminadoras do uso e do tráfico de drogas, não podem ocultar os inúmeros interesses existentes por detrás da proibição das drogas.

Com efeito, como demonstra a criminologia crítica, embora o discurso sanitário seja o mais ressaltado, a política criminal proibicionista em matéria de drogas se origina, desenvolve e se mantém na atualidade em decorrência de variados aspectos de ordem econômica, política, social, moral, etc. que muitas vezes ficam acobertados sob os discursos legitimadores oficiais.

Exemplo disso é que apesar de todas as substâncias psicoativas, legais ou ilegais, provocarem alterações orgânicas no sistema nervoso e poderem eventualmente ocasionar danos à saúde, apenas algumas são identificadas como ilícitas em decorrência de uma intervenção artificial do sistema penal²¹⁴, baseada em critérios que nem sempre levam em consideração o potencial danoso das drogas.

Diversamente do que ocorre com outras condutas consideradas criminosas, a criminalização do uso e do comércio de psicoativos ilícitos é bastante recente, vez que embora fossem consumidas há muitos séculos, as drogas atualmente reputadas como ilícitas passaram a ser controladas penalmente pelos Estados, com a previsão de crimes e respectivas sanções, apenas no início do século passado²¹⁵, sob influência da lógica repressiva capitaneada pelos Estados Unidos.

Assim, substâncias atualmente consideradas ilícitas, tais como a cocaína, o ópio e a maconha, foram frequentemente utilizadas ao longo da história pelas mais diversas sociedades, ainda que com diferentes peculiaridades, de forma medicinal - com o propósito de aliviar sintomas, distúrbios ou patologias - ou cerimonial,

²¹³ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 273 f. Tese apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Direito, em 2006. Disponível em: <<http://www.comunidadessegura.org/files/controlepenalsobredrogasilicitas.pdf>>. Último acesso em: 14/11/2012. p. 46-47.

²¹⁴ KARAM, Maria Lúcia. Políticas de drogas: alternativas à repressão penal, p. 361.

²¹⁵ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**, p. 26.

religiosa ou recreativa - com o intuito de produzir estados alterados de consciência²¹⁶.

Tal situação foi modificada já nas primeiras décadas do século XX, em que se iniciou um processo gradual, porém cada vez mais intenso, de controle governamental interno e também internacional sobre as drogas psicotrópicas, tendo os Estados Unidos desempenhado um papel fundamental na “cruzada antidrogas”²¹⁷ cujos traços apenas começavam a despontar.

Importante ressaltar, neste ponto, que o protagonismo norte-americano não decorreu apenas de explícitas preocupações humanitárias, mas foi motivado essencialmente por interesses econômicos, sociais e políticos que influenciaram sua política interna de controle de drogas²¹⁸ e suas pressões proibicionistas no âmbito internacional, como se buscará apresentar ao longo deste capítulo.

Embora as drogas provavelmente já sofressem determinadas regulações de ordem moral nas sociedades em que eram consumidas, provenientes, por exemplo, de prescrições religiosas²¹⁹, a maioria dos autores situa historicamente o tema da proibição legal às drogas a partir das conferências internacionais realizadas posteriormente às Guerras do Ópio.

Ocorridas respectivamente entre 1839-1842 e 1856-1860, tais guerras aconteceram devido ao conflito de interesses existente entre as potências coloniais ocidentais, principalmente a Inglaterra, que forneciam ópio para a China com enorme lucratividade, e o governo imperial chinês, que buscava restringir o acesso de seus habitantes, muitos já viciados, a tal substância psicoativa²²⁰.

Com a derrota da China em ambas as ocasiões, países que posteriormente adotaram políticas proibicionistas, como é o caso da Inglaterra, França e Portugal, saíram vitoriosos na imposição, por meio de verdadeiras guerras, da livre comercialização do ópio no império oriental naquela época, protegendo com isso seus interesses políticos e econômicos²²¹. Percebe-se, com isso, já na origem dos conflitos em torno da proibição das drogas, como a motivação por detrás das

²¹⁶ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**, p. 26, 31.

²¹⁷ Termo utilizado por Thiago Rodrigues. (**Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 25).

²¹⁸ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**, p. 62.

²¹⁹ Nesse sentido, afirma Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (*Ibidem*, p. 28, nota 5), citando Henrique Carneiro, que a doutrina cristã recusava os analgésicos, eutanásicos, afrodisíacos e alucinógenos.

²²⁰ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 28.

²²¹ *Idem*.

políticas de controle sobre as drogas nem sempre está relacionada a questões sanitárias, como o discurso oficial pode às vezes fazer parecer.

No início do século XX, por iniciativa dos Estados Unidos, o tema do controle da produção e do comércio do ópio e de seus derivados foi retomado numa conferência ocorrida em Xangai em 1909, que contou com a participação de representantes das potências coloniais e do governo imperial chinês. Nessa oportunidade, embora os países europeus tenham acolhido formalmente a proposta norte-americana de limitar o comércio do ópio apenas para fins medicinais, isso não resultou na adoção de quaisquer medidas concretas por parte daqueles, tendo em vista a pressão exercida por suas indústrias farmacêuticas²²².

De todo modo, segundo Rodrigues, a Conferência de Xangai é representativa na medida em que inaugura a realização de encontros diplomáticos, incentivados pelo proibicionismo norte-americano, voltados ao debate a respeito do controle de substâncias psicoativas²²³ e à criação de um sistema de cooperação internacional com tais objetivos²²⁴.

Também por impulso norte-americano, realizou-se, no final de 1911, a primeira Conferência Internacional do Ópio, que resultou na Convenção de Haia, a qual apesar de ter entrado em vigor apenas em 1921²²⁵, consolidou a postura proibicionista dos Estados Unidos em nível internacional, estendendo o rol de substâncias controladas para incluir também derivados do ópio e cocaína, bem como reforçando a restrição de tais drogas exclusivamente para finalidades médicas²²⁶. A liderança estadunidense em convocar esta conferência pode ser em parte explicada, de acordo com Zaccone, pelo interesse econômico imediato deste país em frear o desenvolvimento inglês com o comércio de ópio. Para participar do evento, contudo, a Inglaterra exigiu que o debate incluísse outras substâncias para além do ópio, de forma que o ônus econômico da proibição afetasse também outros países, o que esclarece a ampliação do leque de psicoativos regulamentados²²⁷.

De toda forma, importa salientar que a iniciativa estadunidense no que tange à realização de encontros internacionais representava um reflexo de relevantes

²²² RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 28.

²²³ *Idem*.

²²⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**, p. 38.

²²⁵ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 81.

²²⁶ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 28-29.

²²⁷ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**, p. 80.

movimentações políticas e sociais que ocorriam em seu âmbito interno²²⁸, relacionadas à crescente discussão a respeito da situação legal das drogas psicoativas.

Com efeito, desde a Guerra Civil norte-americana, ocorrida entre 1861-1865, grupos de pessoas organizadas em torno de igrejas e associações protestantes, como o Anti-saloon League, baseados na tradição puritana do protestantismo, que tem como padrão social a condução de vida em termos bastante rígidos, passaram a reivindicar ao governo a proibição da produção, comércio e consumo de substâncias psicoativas, especialmente o álcool²²⁹.

Aliás, conforme explica Rodrigues, a reprovação moral à utilização de substâncias psicoativas nos Estados Unidos sempre foi reforçada pela associação de determinados grupos sociais marginalizados com o uso de certas drogas²³⁰. Nas palavras do autor:

Os chineses, vindos em larga escala para trabalhar na construção das estradas de ferro no oeste nos EUA, trouxeram o hábito de fumar ópio e a esse psicoativo foram ferrenhamente associados. A maconha era considerada, em princípios do século XX, *droga de mexicanos*, grupo visto pelos brancos estadunidenses como indolentes, preguiçosos e, por vezes, agressivos. Aos negros, parcela da população lançada em miseráveis condições de vida, atribuíam-se o uso de cocaína, prática que supostamente os tornava sexualmente agressivos. Por fim, o álcool era percebido como uma droga que era abusada pela comunidade de imigrantes irlandeses.²³¹

Tratava-se, assim, para o cidadão norte-americano branco e protestante, de minorias exógenas que, com seu comportamento moralmente reprovável, constituíam uma ameaça aos valores estabelecidos na sociedade norte-americana²³².

Nesse sentido, a proibição das drogas associada ao estereótipo de consumo por classes sociais perigosas, como os chineses, mexicanos, negros e irlandeses, veio a permitir que o Estado exercesse um controle social ainda mais amplo sobre essa parcela populacional, sob a justificativa do combate ao uso e venda ilegais de

²²⁸ RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico: um esboço histórico. In: VENÂNCIO, Renato Pinto; CARNEIRO, Henrique. (Orgs.). **Álcool e drogas na história do Brasil**. São Paulo: PUCMinas, 2005. p. 291-310. p. 294.

²²⁹ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 26.

²³⁰ *Ibidem*, p. 31.

²³¹ *Ibidem*, p. 30.

²³² *Ibidem*, p. 31.

drogas²³³, podendo-se perceber, desta forma, a existência de um viés sócio-racial na política estadunidense de controle de drogas²³⁴. Aliás, segundo alguns criminólogos, tal lógica de controle governamental sobre determinadas classes sociais por meio da política criminal proibicionista em matéria de drogas ainda remanesce na atualidade, inclusive no Brasil, conforme será visto adiante.

Após a conferência de Haia, o Congresso norte-americano se viu pressionado pelo governo a enrijecer sua legislação de drogas, considerada bastante frágil (o Food and Drug Act apenas regulava a produção e a venda de drogas, mas não instituía qualquer proibição), o que culminou com a aprovação, em 1914, do Harrison Narcotic Act, que proibia expressamente qualquer utilização de drogas psicoativas que não fosse por motivos médicos²³⁵. Com a edição dessa lei, a primeira a punir o uso e o comércio de substâncias psicoativas dentre as legislações dos países ocidentais, positivou-se a opção estadunidense pelo modelo proibicionista de repressão às drogas²³⁶, resultado de uma interpenetração entre práticas sociais, iniciativas governamentais de controle social e movimentações diplomáticas internacionais²³⁷.

Referida lei consistiu num importante marco para a compreensão da atual política criminal (global) de drogas repressivista, vez que instituiu as figuras do traficante, como aquele responsável pela irregular produção e comercialização de drogas psicoativas, devendo por isso ser criminalmente processado, e do usuário que, consumindo substâncias psicoativas sem permissão médica, é considerado doente e deve ser submetido a tratamento, inclusive compulsório. Ressalte-se que com a criminalização, o Harrison Narcotic Act inaugurou o uso e o mercado ilícitos de drogas, vez que a mera proibição não fez cessar o consumo de psicoativos sem prescrição médica²³⁸.

Com a manutenção das pressões dos grupos proibicionistas, aprovou-se nos Estados Unidos, em 1919, a Lei Seca, que determinava a proibição total da produção, circulação, comercialização e consumo de bebidas alcoólicas. Além de não ter erradicado o consumo, como se esperava (alguns alegam que não houve

²³³ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 32.

²³⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**, p. 62.

²³⁵ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 29.

²³⁶ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**, p. 50.

²³⁷ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: um esboço histórico**, p. 295.

²³⁸ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 29-30. Segundo Luciana Rodrigues, antes da edição do Harrison Narcotic Act, já existiam algumas leis estaduais norte-americanas que proibiam o uso de ópio. (**Controle penal sobre as drogas ilícitas**, p. 63).

nem redução do consumo), tal legislação foi responsável pelo surgimento de inúmeras organizações ilegais voltadas ao abastecimento do mercado ilícito e de várias agências governamentais dedicadas a persegui-las²³⁹. Por sua vez, com a revogação da Lei Seca, em 1933, houve o enrijecimento das medidas legais relativas a outras substâncias psicoativas, fossem ou não já proibidas²⁴⁰, tendo o proibicionismo ganhado força tanto a nível interno quanto internacional.

Aliás, no plano internacional, nas décadas de 20 e 30, realizaram-se outras conferências a respeito do tema das drogas, as quais, além de tornarem o cenário proibicionista mais complexo no nível multinacional, contribuíram para a aceitação, por outros países, do modelo repressivo norte-americano como o mais adequado para lidar com a produção e o tráfico ilícitos²⁴¹.

3.3 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-DISCURSIVA DA FIGURA DO TRAFICANTE DE DROGAS COMO INIMIGO DA SOCIEDADE NOS ESTADOS UNIDOS E SUA EXPORTAÇÃO PARA A AMÉRICA LATINA

Embora não seja o objetivo deste trabalho realizar uma análise histórica da política criminal e da legislação norte-americana de drogas, algumas transformações históricas importantes não podem deixar de ser mencionadas, principalmente diante dos reflexos gerados no âmbito internacional e, conseqüentemente, na política interna de inúmeros outros países, como o Brasil.

Com efeito, foi nos Estados Unidos que o discurso bélico de guerra às drogas, com a identificação de traficantes como verdadeiros inimigos, efetivamente surgiu, sendo transplantado, em decorrência de variados fatores, para a realidade latino-americana, ainda que com o reforço de discursos autoritários locais, razão pela qual o estudo das modificações mais relevantes na política criminal de drogas estadunidense, especialmente em termos de construções discursivas, mostra-se essencial para a adequada compreensão da atual política de drogas brasileira.

²³⁹ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico**: uma guerra na guerra, p. 33.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 35.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 34.

Conforme já mencionado, a liberação do consumo de álcool nos Estados Unidos, com a revogação da Lei Seca, não significou uma mudança da atitude governamental em relação às demais substâncias psicoativas. Pelo contrário, a criação, em 1930, do Federal Bureau of Narcotics, agência responsável por concentrar as iniciativas repressoras do comércio ilegal de drogas, e a edição do Marijuana Tax Act, em 1937, que proibia a produção e o comércio da maconha, exemplificam o avanço e o endurecimento da política criminal repressiva de controle de drogas naquele país²⁴².

Aliás, interessante notar que a criminalização da maconha, auxiliada por uma intensa propaganda oficial que advertia a população de seus supostos efeitos danosos, vinculando-a à violência, agressividade e criminalidade²⁴³, parece ter sido incentivada, de acordo com Zaccone, pela crise econômica que assolava os Estados Unidos ao final da década de 20. Explica o autor que, embora não fosse uma droga comumente utilizada entre os norte-americanos nesse período, era associada ao consumo por imigrantes mexicanos que representavam, em meio à grande depressão, mão-de-obra competitiva e, por isso, indesejada²⁴⁴.

Na passagem da década de 40 para os anos 50, o aumento do consumo de heroína, produzida a partir do ópio, entre setores marginalizados da população, especialmente entre os negros que viviam nos guetos urbanos, e a identificação destes locais e do mundo do jazz como “antros de cultivo ao vício” motivaram a aprovação do Boggs Act, de 1951, e do Narcotics Control Act, de 1956, que além de condensarem as leis antidrogas anteriores, estabeleciam pena de cinco anos de prisão para traficantes primários e até pena de morte caso a venda ilegal fosse dirigida a menores de idade²⁴⁵.

De todo modo, na década de 50, explica Del Olmo que tanto nos países centrais quanto nos periféricos o consumo de drogas era vinculado principalmente a grupos marginais da sociedade (desde integrantes da aristocracia, intelectuais, músicos, até delinquentes comuns), sendo considerado por muitos estudiosos estadunidenses como uma “prática de subcultura”, razão pela qual a preocupação com o assunto ainda não era tão intensa²⁴⁶.

²⁴² RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 34-36.

²⁴³ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 29.

²⁴⁴ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**, p. 84.

²⁴⁵ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 37-38.

²⁴⁶ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 30.

Predominava nessa época, segundo a autora, o discurso ético-jurídico e o estereótipo moral, que associava as drogas à ideia de periculosidade e perversão moral, considerando o consumo uma espécie de “patologia” ou “vício”, conforme a droga utilizada. Simultaneamente, começava a ganhar força o modelo médico-sanitário, diante das observações farmacológicas, médicas e jurídicas de especialistas da Organização Mundial de Saúde e da Organização das Nações Unidas, que passavam a identificar a droga como um problema de saúde pública²⁴⁷.

Ainda nos anos 50, de acordo com Rodrigues, embora houvesse muita movimentação no plano internacional para a realização de uma nova conferência que redundasse numa lei internacional unificada a respeito da situação legal das substâncias psicoativas, os diversos países envolvidos se encontravam diante de um impasse. Apesar de os Estados industrializados, como os Estados Unidos e os países europeus, exigirem maior controle dos psicoativos tradicionais, como os opiáceos, maconha e cocaína, cuja matéria-prima era produzida nos países subdesenvolvidos, defendiam que os psicoativos sintéticos produzidos por suas indústrias, como barbitúricos e anfetaminas, fossem alvo de uma regulação muito mais branda, o que certamente contrariava os interesses dos Estados menos desenvolvidos²⁴⁸.

O tão esperado encontro diplomático, finalmente realizado na sede da ONU em Nova Iorque em 1961, resultou na Convenção Única sobre Estupefacientes, que determinava aos países signatários o enrijecimento do controle sobre a fabricação e o comércio legal de substâncias psicoativas para finalidades médicas e científicas e a intensificação da repressão à produção e tráfico ilícitos²⁴⁹. Conforme explica Carvalho, tal convenção reflete as pressões exercidas por grupos sociais punitivistas, empresários morais e meios de comunicação no sentido de transnacionalizar o controle sobre as drogas, eliminando as barreiras territoriais no combate à criminalidade relacionada a tais substâncias e estimulando o desenvolvimento de instrumentos repressivos harmônicos²⁵⁰.

Segundo Del Olmo, o discurso construído em torno das drogas e dos sujeitos envolvidos em seu consumo e comércio passa por uma importante modificação nos anos 60. Nessa década, marcada por inúmeras transformações culturais e pelo

²⁴⁷ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 30.

²⁴⁸ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 36-37.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 36-38.

²⁵⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 63, 103.

desenvolvimento da indústria farmacêutica, o consumo de drogas ilícitas – principalmente maconha e drogas psicodélicas como o LSD, realizado tanto como atitude de contestação à ordem vigente e aos padrões morais estabelecidos quanto como forma de autoconhecimento e exploração das potencialidades do corpo²⁵¹ -, passou a ser efetuado em larga escala por jovens brancos da classe média norte-americana, principalmente em razão do movimento “power flower” ou “hippie”²⁵².

A alteração dos protagonistas do consumo de substâncias psicoativas, que deixa de ser considerado uma simples prática de grupos marginais, reflete diretamente na reformulação dos discursos sobre as drogas²⁵³. Com efeito, estas adquirem uma feição demonizada e aterradora, sendo vistas como “vampiros” causadores de todos os problemas relacionados à juventude. Aliás, o fato de seu uso estar vinculado a movimentos contestadores com grande participação dos jovens, nos quais o consumo era coletivizado, propiciou o surgimento de discursos que já as identificavam, em matéria de segurança, como inimigo interno²⁵⁴.

Nesse contexto, ocorre a consolidação do modelo médico-sanitário, com a difusão do estereótipo da dependência, segundo o qual os consumidores de drogas passam a ser considerados sujeitos “doentes”, o que inclusive ensejou a experimentação de diversas formas de tratamento, como intervenções terapêuticas e programas de prescrição de metadona para viciados em heroína. Ao mesmo tempo, o pânico gerado em torno das drogas reforçou a atribuição, pelo discurso jurídico, do estereótipo criminoso ao traficante de drogas, principalmente em relação ao pequeno distribuidor, tido como corruptor da moral e da saúde pública²⁵⁵.

Portanto, na década de 60, prevalece um duplo discurso sobre a droga, denominado por Del Olmo como discurso médico-jurídico, resultante da fusão do modelo médico-sanitário com o ético-jurídico, que identifica o usuário como enfermo e o traficante como criminoso, estabelecendo com isso a ideologia da

²⁵¹ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 39-40.

²⁵² OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 33-34.

²⁵³ Interessante, nesse sentido, a alteração do discurso existente em torno da maconha, que deixa de ser associada à agressividade e à violência, como ocorria quando o consumo era mais restrito aos imigrantes mexicanos, e passa a ser relacionada à passividade e à falta de motivação dos jovens, sendo a “síndrome amotivacional” o efeito mais importante do seu consumo. (*Ibidem*, p. 36).

²⁵⁴ *Idem*.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 33-35.

diferenciação²⁵⁶, a qual desempenha um papel fundamental na atual política criminal de drogas brasileira.

Note-se que, nesta época, o consumo de drogas na América Latina apresentava características bastante diferentes daquele realizado na sociedade norte-americana. Embora estivessem começando a ser utilizadas pelos jovens, as drogas eram principalmente associadas à delinquência, sendo esta a verdadeira preocupação oficial. No entanto, apesar de o uso de drogas não apresentar nem o significado nem a magnitude do consumo norte-americano, iniciou-se, em 1970, uma campanha contra as drogas em vários países latino-americanos, com conteúdo similar, estimulada pelas embaixadas estadunidenses²⁵⁷, que certamente deve ter contribuído para a assimilação dos discursos construídos em torno da droga nos Estados Unidos.

Aliás, nesse momento, diversos países da América Latina já haviam ratificado a Convenção Única sobre Estupefacientes da ONU e alterado suas legislações internas, incorporando o discurso médico-jurídico²⁵⁸.

Na década de 70, com o amplo consumo de heroína pela juventude norte-americana de classe média e pelos ex-combatentes da Guerra do Vietnã, esta droga, considerada a mais perigosa na época, chegou a ser qualificada pelo presidente Richard Nixon como “o primeiro inimigo público não econômico” do país²⁵⁹, o que demonstrava a preocupação governamental com o consumo de drogas como uma questão de segurança nacional²⁶⁰. Mantinha-se a difusão do discurso médico e do estereótipo da dependência, enfatizando-se a necessidade de submissão dos usuários a tratamento médico.

A declaração explícita de guerra às drogas nos Estados Unidos, enrijecendo ainda mais o tom do discurso proibicionista, ocorreu em 1972, num pronunciamento

²⁵⁶ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 34. Conforme explica Carvalho, a ideologia da diferenciação, expressão criada por Rosa del Olmo, refere-se à distinção entre os consumidores de drogas, considerados doentes, e os traficantes, tidos como criminosos. No entanto, também pode ser utilizada para designar as diferentes respostas que o sistema penal oferece aos autores dos desvios tendo em vista a classe social a que pertencem. Nesse sentido, transcrevendo citação de Alexandre Moraes da Rosa na obra “Direito Infracional”, afirma o autor: “o discurso ainda em moda diferencia os malvados fornecedores e usuário pobres, dos bons filhos, dos ‘bons filhos (ricos) de família’ que cederam às tentações. Para os ricos, tratamento. Para os pobres, internamento (Baratta). Esta ‘ideologia da diferenciação’ serve para justificar o injustificável, lançando mão do velho recurso retórico da distinção”. (CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 65, nota 18).

²⁵⁷ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 37.

²⁵⁸ *Idem*.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 39.

²⁶⁰ D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**, p. 88.

oficial, também do presidente Nixon, que identificou as drogas ilícitas como “inimigos número 1 da América”²⁶¹ e, por consequência, seguindo-se a distinção consumidor-doente e traficante-criminoso, os traficantes como inimigos da sociedade (norte)-americana.

De acordo com Rodrigues, a terminologia bélica não significava uma mera metáfora, mas expressava a efetiva intenção do governo norte-americano de endurecer ainda mais o combate às drogas, especialmente aos grupos responsáveis pelo comércio ilegal, ampliando as operações repressivas internas e mesmo internacionais²⁶². Pode-se afirmar, portanto, que o discurso de guerra às drogas consolida a construção histórica da figura do traficante como um verdadeiro inimigo a ser duramente perseguido e reprimido.

Interessante notar que, nesse período, simultaneamente à prevalência do discurso médico e do estereótipo da dependência no que tange aos consumidores de drogas, começa a surgir, com referência ao tráfico, o discurso do “inimigo externo”, que responsabiliza determinados países pelo consumo de substâncias psicoativas realizado internamente nos Estados Unidos, implementando, assim, ainda que de forma difusa, o estereótipo político-criminoso²⁶³.

Conforme explica Rodrigues, aceitava-se oficialmente nos Estados Unidos a distinção entre países produtores de drogas ilícitas, que seriam aqueles subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, e países consumidores²⁶⁴, que seriam os desenvolvidos, o que permitiu exportar a repressão às drogas para além das fronteiras estadunidenses²⁶⁵ e exteriorizar a figura do traficante como inimigo da sociedade. Com isso, a juventude norte-americana era colocada na posição de vítima, corrompida por criminosos asiáticos e latino-americanos responsáveis pela produção e entrada de drogas ilícitas nos Estados Unidos²⁶⁶.

Ainda segundo o referido autor, tal separação artificial e politicamente motivada simplesmente desconsiderava a produção de drogas ilegais realizada no próprio território norte-americano, como os cultivos de maconha e a rede pulverizada

²⁶¹ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 41.

²⁶² *Ibidem*, p. 42.

²⁶³ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 41.

²⁶⁴ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 42.

²⁶⁵ ARGUELLO, Katie. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, n. 5, ano 2, p. 3581-3606, 2013. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/modo1_cat.php?sid=52&ssid=116&cid=20>. Último acesso em: 24/09/2013. p. 3586.

²⁶⁶ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 42.

de laboratórios clandestinos produtores de psicoativos sintéticos, individualizando apenas fontes externas de drogas ilícitas a serem eliminadas²⁶⁷.

Portanto, no início da década de 70, aliado à manutenção do discurso médico-jurídico, inicia-se um processo de construção e exportação do discurso jurídico-político e do estereótipo político-criminoso para além do território norte-americano²⁶⁸, identificando-se inimigos externos como os grandes responsáveis pelo tráfico das substâncias psicoativas que tanto ameaçavam a segurança interna dos Estados Unidos. Na realidade, de acordo com Del Olmo, o discurso se tornava mais complexo, pois embora a droga continuasse a ser considerada como “inimigo” pela opinião pública, sua qualificação como inimigo interno ou externo variava conforme o contexto²⁶⁹.

De todo modo, seguindo-se a política governamental de guerra às drogas enunciada pelo presidente, internamente, os Estados Unidos buscaram endurecer a repressão, com a criação de inúmeras leis bastante severas e de várias agências federais que culminaram, em 1973, na Drug Enforcement Agency, posteriormente denominada Drug Enforcement Administration ou DEA, responsável pela coordenação de investigações e informações relativas ao combate às substâncias psicoativas ilegais²⁷⁰.

O grande destaque do período, contudo, parece relacionar-se ao esforço estadunidense no sentido de exportar sua política criminal contra as drogas diante da projeção internacional dada ao problema. Em 1972, os Estados Unidos criaram o Cabinet Committee for International Narcotic Control, com o objetivo de coordenar suas iniciativas em outros países e aprovaram, neste mesmo ano, o Drug Abuse Office and Treatment Act, para centralizar e controlar a produção de substâncias psicoativas realizada no exterior. Ademais, ao longo da década de 70, o governo norte-americano enviou missões especiais de estudos aos países latino-americanos, firmou com estes termos de cooperação contra o tráfico de drogas, além de financiar diversas operações internacionais com a finalidade de erradicar o cultivo de drogas, como ocorreu no México, por exemplo²⁷¹.

²⁶⁷ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 42.

²⁶⁸ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 44.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 44-45.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 43.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 45-48.

Internacionalmente, diante da repercussão gerada pelo aumento do uso de drogas alucinógenas durante a década de 60, não se pode deixar de mencionar a aprovação, no âmbito da Organização das Nações Unidas, em 1971, do Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas e, em 1972, de um protocolo que alterava a Convenção Única de 1961, incluindo novas substâncias psicoativas em suas listas²⁷².

Na América Latina, no início da década de 70, quando se difunde o pânico em torno da questão das drogas, a maioria dos países buscou regulamentar o discurso jurídico, criando leis específicas sobre as drogas em conformidade às orientações internacionais decorrentes das convenções aprovadas pelas Nações Unidas. No caso brasileiro, segundo país da região a aprovar sua legislação especial, promulgou-se a Lei n.º 5.726/1971 ou Lei Antitóxicos²⁷³. Além disso, criaram-se Comissões Nacionais para o estudo do tema e até um organismo regional, o Acordo Sul-Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos (ASEP), que a partir de 1979 passou a realizar conferências anuais, com o intuito de implementar o discurso médico-jurídico²⁷⁴.

Interessante notar que, de acordo com Del Olmo, o discurso proveniente dos meios de comunicação foi o principal responsável pela disseminação do pavor que começava a ser sentido, neste período, em relação às drogas nos países latino-americanos. Explica a autora que os discursos e diferentes estereótipos da droga, surgidos nos Estados Unidos e relacionados àquela realidade, eram simplesmente importados e impostos na América Latina, muitas vezes de forma incoerente, desconsiderando o contexto latino-americano e as diferenças entre as drogas e entre os grupos sociais que as consumiam²⁷⁵.

Cita-se como exemplo o fato de que embora a maconha fosse a droga mais consumida nos países latino-americanos nessa época, especialmente pelos jovens, difundiram-se na região inúmeras informações relacionadas ao consumo de heroína nos Estados Unidos, e que foram indevidamente associadas por especialistas às drogas em geral²⁷⁶, acarretando com isso diversos equívocos.

²⁷² OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 43.

²⁷³ *Ibidem*, p. 45.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 46.

²⁷⁵ *Idem*.

²⁷⁶ *Idem*.

Ainda de acordo com a criminóloga, especificamente em relação à maconha, identificada pelos meios de comunicação como a “erva maldita”, importou-se tanto o discurso norte-americano que a associava à violência e à criminalidade (quando seu consumo era mais restrito aos imigrantes mexicanos) quanto aquele que a percebia como causadora da “síndrome amotivacional” (discurso aplicado à juventude que a utilizava na década de 60), os quais se alternavam, na América Latina, conforme o estereótipo do consumidor²⁷⁷. Nesse sentido, afirma a autora que:

Se eram os habitantes de favelas, seguramente haviam cometido um delito, porque a maconha os tornava agressivos. Se eram os “meninos de bem”, a droga os tornava apáticos. Daí que aos habitantes das favelas fosse aplicado o *estereótipo criminoso* e fossem condenados a severas penas de prisão por traficância, apesar de só levarem consigo um par de cigarros; em troca, os “meninos de bem”, que cultivavam a planta em sua própria casa, como aconteceu em inúmeras ocasiões, eram mandados a alguma clínica particular para em seguida serem enviados aos Estados Unidos porque eram “doentes” e seriam sujeitos a tratamento, de acordo com o discurso médico tão em moda na época nos Estados Unidos. A eles corresponderia o *estereótipo da dependência*.²⁷⁸

Portanto, a importação impensada de discursos construídos em torno da questão das drogas na sociedade norte-americana, ainda que alheios às características do consumo de drogas na realidade latino-americana, bem como a adesão à normativa jurídica internacional, intensamente estimulada pelo governo estadunidense, que buscava internacionalizar seu programa de drogas, reprimindo e eliminando os inimigos externos que corrompiam, em tese, sua juventude, aliados à base ideológica autoritária existente nos Estados latino-americanos, fundamental para sustentar a adoção de políticas criminais repressivistas, parecem ter sido os grandes responsáveis pela internalização dos discursos médico-jurídico e político-jurídico por esses países e especificamente pelo Brasil, principalmente a partir da década de 70.

Com isto, difunde-se o estereótipo da dependência, segundo o qual os consumidores de drogas, considerados dependentes, devem ser submetidos a tratamento, e o estereótipo político-criminoso, que identifica os traficantes de drogas como delinquentes e/ou, conforme a intensidade do discurso, como verdadeiros inimigos da sociedade.

²⁷⁷ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 47.

²⁷⁸ *Idem*.

A partir do final da década de 70, com o grande aumento do consumo de cocaína nos Estados Unidos, produzida com exclusividade, segundo Del Olmo, na América Latina, o discurso sobre as drogas na sociedade estadunidense acaba se vinculando especificamente a esta substância psicoativa²⁷⁹ e, mais tarde, a seus derivados, como o crack. Assim, na década seguinte, a principal preocupação dos Estados Unidos dizia respeito às drogas provenientes do exterior, especialmente no que tange às questões econômicas e políticas relacionadas ao tráfico de cocaína, que movimentava ilegalmente quantias significativas de dinheiro, causando fortes impactos na economia estadunidense²⁸⁰.

Logo no início dos anos 80, constatando a necessidade de ampliar e intensificar o controle sobre as drogas para além das fronteiras estadunidenses como principal estratégia para reduzir o consumo interno de substâncias psicoativas, o presidente Reagan aprofunda a guerra contra as drogas, implementando inúmeras medidas repressivas no âmbito interno, como a aprovação de leis que permitiam confiscar dinheiro e bens decorrentes do tráfico, e também na seara internacional. Neste campo, interessante destacar, além da ocorrência de novas operações internacionais voltadas a impedir o acesso de drogas aos Estados Unidos, a aprovação da Emenda Gilman-Hawkins, que suspendia o auxílio econômico às nações que se recusassem a cooperar com o programa antidrogas estadunidense²⁸¹.

Nesse contexto, o almejado controle internacional sobre as drogas, que objetivava impedir sua entrada no território norte-americano, é legitimado pelo discurso político-jurídico transnacional, marcado pelo conteúdo geopolítico que dividia os países entre vítimas e agressores, individualizando prioritariamente inimigos externos e criando, com a colaboração das construções discursivas dos meios de comunicação, o estereótipo criminoso latino-americano²⁸². Note-se que tal estereótipo se aplicava também aos imigrantes latino-americanos residentes nos Estados Unidos, identificados muitas vezes como responsáveis pelo tráfico de drogas no país²⁸³.

²⁷⁹ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 47-52.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 55-56.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 61-63.

²⁸² *Ibidem*, p. 58, 70.

²⁸³ *Ibidem*, p. 59-60.

Ademais, com o objetivo de legitimar e reforçar o discurso do inimigo externo, assevera Del Olmo que se retoma o termo “Narcotics” ao invés de droga, difundindo-se em todo o continente, por meio da mídia, os termos “narcotráfico” e “narcoterrorismo” para designar o inimigo em suas facetas econômica e política, respectivamente – tendo em vista a associação discursiva, mais comum em meados da década de 80, entre grupos comunistas e organizações traficantes²⁸⁴ -, além de se acrescentar o prefixo “narco” a todos os termos relacionados, como narcodólar, narcoeconomia, narcosubversivo, etc.²⁸⁵.

Aliás, a partir da metade da década de 80, observa-se, segundo Rodrigues, uma maior ênfase na militarização dos esforços estadunidenses na guerra internacional às drogas, com a realização de campanhas conjuntas com forças latino-americanas, auxílio financeiro, envio de equipes de treinamento policial e militar, criação de tropas de elite similares às norte-americanas e até intervenções diretas, como ocorreu na Bolívia e no Peru²⁸⁶.

Importante citar ainda, em razão de seu impacto internacional, o estabelecimento, durante a administração Reagan, do processo de certificação, que consiste na publicação anual de uma lista relacionando todos os países (dentre os produtores, de trânsito e envolvidos na lavagem de dinheiro do tráfico) cujo desempenho no combate à produção e ao tráfico de drogas é considerado insuficiente pelos Estados Unidos²⁸⁷. Considerando que os países “descertificados” sofrem sanções econômicas (congelamento de programas de assistência norte-americanos e de importações, além de voto contrário no caso de pedidos de empréstimo junto a instituições internacionais)²⁸⁸, pode-se afirmar que o processo de certificação consiste num instrumento que visa induzir outros Estados a encamparem as diretrizes do proibicionismo norte-americano por meio de pressões políticas e econômicas²⁸⁹.

Apesar de todas as iniciativas domésticas e externas, contudo, as estatísticas demonstravam que tanto o tráfico de drogas quanto o consumo continuavam

²⁸⁴ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico**: uma guerra na guerra, p. 71.

²⁸⁵ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 69.

²⁸⁶ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico**: um esboço histórico, p. 301.

²⁸⁷ SILVA, Luiza Lopes da. **A questão das drogas nas relações internacionais**: uma perspectiva brasileira. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1028-Questao_das_Drogas_nas_Relacoes_Internacionais_A.pdf>.

Último acesso em: 02/10/2013. p. 142-143.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 143.

²⁸⁹ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico**: uma guerra na guerra, p. 99.

aumentando nos Estados Unidos. Ao mesmo tempo em que os programas de erradicação de cultivos ilegais pareciam apenas ter aberto espaço para o surgimento de novas fontes produtivas ao invés de eliminá-las, não houve redução do uso de drogas ilegais²⁹⁰.

Interessante destacar, na esteira das lições de Arguello, que a atribuição do estereótipo político-criminoso pelas agências norte-americanas aos países latino-americanos tinha como pressuposto a suposta existência de verdadeiros cartéis da droga, grandes empresas ilegais que teriam seu funcionamento organizado com base numa divisão internacional do trabalho e que controlariam todo o circuito da droga, incluindo a produção, o beneficiamento, a circulação, a determinação de preços e a oferta²⁹¹.

No entanto, embora o aumento do consumo da cocaína nos Estados Unidos, dentre outros fatores, efetivamente tenha contribuído para que ocorresse, no início dos anos 80, uma verdadeira reorganização do tráfico de drogas no continente americano, já que grupos de diversas regiões buscaram potencializar seus cultivos de coca e dinamizar a produção de cocaína²⁹², a noção de “cartel”, bastante utilizada nos discursos governamentais e midiáticos para identificar as empresas responsáveis pelo tráfico de drogas latino-americano, não parece adequada àquela realidade, tendo sido contestada por estudiosos do tema.

Conforme explica Rodrigues, com base nos estudos dos sociólogos Krauthausen e Sarmiento a respeito da organização do tráfico de drogas nos anos 80, o mercado ilícito era formado por dois setores, o competitivo e o oligopólico, estruturados da seguinte forma:

O setor competitivo, dividido internamente em dois segmentos, seria conformado pelas etapas de produção de folhas de coca e processamento da pasta-base e pela fase da negociação varejista, na venda direta ao consumidor. Nesses dois pontos do negócio-narcotráfico, haveria uma multiplicidade de agentes em acirrada competição pelo mercado, fato que redundaria em disputas violentas por áreas de plantio e territórios urbanos. O setor oligopólico concentraria um número menor de atores, dedicados ao refino da pasta-base, transformando-a em cloridrato de coca (a cocaína pura) para posterior venda aos atacadistas internacionais. Nesse nóculo da economia ilegal, não haveria espaço para quadrilhas numerosas, mas, ao contrário, os grupos enfrentariam a urgência em serem enxutos em seu

²⁹⁰ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 64-66.

²⁹¹ ARGUELLO, Katie. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal, p. 3588.

²⁹² RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 51-54.

organograma e muito bem relacionados com as instituições políticas e os aparatos repressivos²⁹³.

O termo “oligopólico” é utilizado pelos autores exatamente para se contrapor à ideia de cartel que, segundo Rodrigues, consiste numa simplificação grosseira que auxilia a aplicação de medidas repressivas a partir da disseminação do medo, sem que se atente para a complexidade inerente ao fenômeno do tráfico de drogas²⁹⁴.

De toda forma, ainda em relação à atribuição do estereótipo criminoso aos países “produtores”, deve-se ressaltar que a identificação de inimigos externos como os verdadeiros culpados pelo problema do consumo indevido de drogas nos Estados Unidos teve certa utilidade para a política externa norte-americana na medida em que possibilitou legitimar, segundo Del Olmo, a intervenção diplomática, financeira e inclusive militar dos Estados Unidos em outras nações²⁹⁵.

Paralelamente, na América Latina, o tema das drogas também era tratado com prioridade, sendo implementadas inúmeras medidas que enunciavam a participação dos países da região na guerra contra as drogas. No plano discursivo, procurava-se demonstrar, em detrimento da divisão entre países produtores e consumidores, que o problema do uso indevido de drogas também atingia tais nações²⁹⁶.

Note-se que, de acordo com Del Olmo, apesar de os próprios representantes destes países afirmarem, nos encontros diplomáticos internacionais, que a problemática do consumo interno relacionava-se principalmente com outras substâncias, como a maconha, os psicofármacos e os inalantes, o foco dos estudos e das medidas repressivas era a cocaína, prevalecendo, portanto, o discurso geopolítico emanado dos Estados Unidos em detrimento das questões locais específicas a serem enfrentadas pelos governos na realidade latino-americana²⁹⁷.

Dessa forma, já no final dos anos 70, na América Latina, há um reforço do discurso médico-jurídico voltado especialmente à cocaína, o que desencadeou alterações legislativas que chegaram a proibir inclusive a mastigação das folhas de coca em vários países em que tal hábito consistia numa tradição milenar²⁹⁸.

²⁹³ RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico: um esboço histórico*, p. 300.

²⁹⁴ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 55.

²⁹⁵ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 64-66.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 72.

²⁹⁷ *Idem*.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 52-53.

Ademais, durante a década de 80, realizaram-se, na região, várias conferências a respeito das drogas, especialmente em relação à cocaína, defendendo-se inclusive a necessidade de uniformizar as legislações dos países latino-americanos no que tange ao tráfico de drogas. Além disso, foram firmados convênios entre diversos países, criando-se ainda inúmeras agências para tratar do tema, como o Conselho Federal de Estupefacientes no Brasil²⁹⁹.

No âmbito internacional, destaca-se a aprovação em Viena, em 1988, da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, que expressa as diretrizes da política criminal de drogas seguida por diversos países até os dias atuais³⁰⁰, e que será objeto de breve estudo no próximo item.

Nos anos 90, com o fim da Guerra Fria e o fenômeno da globalização, a guerra às drogas sofre algumas importantes modificações. A problemática das drogas passa a ser vista, de acordo com Del Olmo, como um desafio de segurança global, vez que a ameaça relacionada às substâncias psicoativas ilícitas, como a cocaína, a heroína e a maconha, é considerada de natureza multinacional³⁰¹.

Diante da preocupação com a globalização do comércio ilícito de drogas e da interação de suas operações com o mercado lícito, o discurso oficial é qualificado pela autora de econômico-transnacional, e mostra-se associado a um discurso científico focado na saúde mundial que vê o usuário de drogas como “cúmplice do delinquente”, vez que consome por decisão própria, e a uma construção discursiva geopolítica voltada contra o “inimigo global”³⁰².

Incorporam-se novos inimigos no discurso, tais como organizações colombianas, europeias e grupos transnacionais, os quais são associados à violência, ao terrorismo e, diante da internacionalização de suas operações bancárias, à capacidade de controle de agências financeiras, reforçando-se com isso o estereótipo financeiro vinculado à lavagem de dinheiro³⁰³.

Logo no início dos anos 90, o então presidente norte-americano George Bush, que buscava combater o tráfico de drogas ilegais no continente por meio de operações militares, convocou dois encontros internacionais com chefes de Estado

²⁹⁹ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 72-74.

³⁰⁰ OLMO, Rosa del. Las drogas y sus discursos. In: PIERANGELI, José Henrique. (Coord.). **Direito Criminal**. v. 5. Coleção Jus Aeternum. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 115-145. p. 132-133.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 133.

³⁰² *Ibidem*, p. 133-134.

³⁰³ *Ibidem*, p. 134-135.

latino-americanos – ocorridos em Cartagena, na Colômbia, e em San Antonio, nos Estados Unidos - objetivando discutir o envolvimento dos países “produtores” na guerra às drogas. Embora as propostas de intervenção militar direta não tenham tido aceitação, as diretrizes das políticas contra as drogas resultantes dessas reuniões, segundo Rodrigues, estavam em harmonia com o proibicionismo militarista estadunidense, elegendo como prioridade dos países latino-americanos a continuidade da guerra aos grupos responsáveis pelo tráfico³⁰⁴.

Nesse mesmo sentido, focando a necessidade de cooperação internacional, os Estados Unidos sustentam, durante o governo Clinton, o discurso da responsabilidade compartilhada, segundo o qual todos os países do continente deveriam promover esforços na luta contra o tráfico de drogas e o consumo de substâncias psicoativas ilegais, já que se trataria de um problema que envolveria a todos. Diante disso, embora não houvesse mais pressão para a ocorrência de ações militares norte-americanas nos países latino-americanos, o combate às drogas se torna um objetivo comum de todas as democracias do continente americano³⁰⁵, repercutindo nas políticas criminais e na legislação interna dos países da região.

Ressalte-se que a adesão à cooperação internacional na luta contra as drogas, constatada pela incorporação do proibicionismo militarista às diretrizes da política criminal de drogas e da legislação dos demais países do continente americano, ainda que para isso tenham contribuído outros fatores de ordem interna, consistiu, segundo Arguello, na grande vitória alcançada pelos Estados em sua “guerra particular às drogas”³⁰⁶.

Após a virada do milênio, explica Rodrigues que embora a luta contra o tráfico e o consumo de substâncias psicoativas ilícitas tenha ficado parcialmente ofuscada pela “guerra ao terror” iniciada após os atentados de 11 de setembro de 2001, não perdeu sua posição de prioridade na agenda diplomático-militar dos Estados Unidos, sendo o narcotráfico associado, muitas vezes, ao terrorismo. Em razão disso, afirma o autor que a guerra às drogas permanece sendo um dos “principais campos de batalha contemporâneos”³⁰⁷.

³⁰⁴ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 98-99.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 99.

³⁰⁶ ARGUELLO, Katie. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal, p. 3590.

³⁰⁷ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: um esboço histórico**, p. 307-308. Destaque-se, contudo, que, segundo o Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas de junho de 2011, o próprio presidente norte-americano Barack Obama reconheceu, em entrevista à CBS News, a inutilidade da guerra às drogas, manifestando-se favoravelmente à discussão de políticas alternativas. (COMISSÃO

No entanto, a política criminal proibicionista, além de mostrar-se ineficaz quanto à erradicação do consumo de determinadas substâncias psicoativas reputadas como ilegais – cujo rol vem aumentando, incluindo também drogas sintéticas que oferecem outra lógica ao mercado clandestino - acabou instaurando e impulsionando um mercado ilegal bastante lucrativo especializado no fornecimento dessas drogas, o qual continua a se fortalecer apesar de todas as iniciativas proibicionistas, juntamente com a violência e as trágicas consequências que o acompanham³⁰⁸.

Assim, diante do fracasso do proibicionismo em seus objetivos declarados, diversos Estados, principalmente da Europa ocidental, vêm adotando políticas de drogas alternativas, como será visto posteriormente. No entanto, a diretriz norte-americana de guerra às drogas, segundo Rodrigues, ainda se mantém como modelo-padrão no plano internacional³⁰⁹, talvez mais em razão de sua funcionalidade como estratégia de controle social, intervenção internacional e/ou manutenção dos gastos com a indústria bélica, do que pelas enunciadas preocupações com a proteção da saúde pública, sendo seguida por vários países, como é o caso do Brasil.

3.4 O CONTROLE DAS DROGAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL: A COOPERAÇÃO PARA A REPRESSÃO DO TRÁFICO ILÍCITO

As primeiras tentativas de instituir um controle internacional sobre substâncias psicoativas, conforme já mencionado, ocorreram no início do século XX, especificamente com a realização da Conferência de Xangai, em 1909, em que, por incentivo dos Estados Unidos, representantes de treze países se reuniram para

GLOBAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS. **Guerra às Drogas**: Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas. jun. 2011. Disponível em: <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/themes/gcdp_v1/pdf/Global_Commission_Report_Portuguese.pdf>. Último acesso em: 05/01/2014. No entanto, até o momento, não se teve notícia de qualquer modificação substancial empreendida na política criminal de drogas norte-americana em nível federal.

³⁰⁸ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico**: uma guerra na guerra, p. 103.

³⁰⁹ RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico: um esboço histórico, p. 307.

discutir a imposição de limites à produção e ao comércio de ópio e seus derivados, sem que tenham decorrido da convenção, contudo, quaisquer resultados práticos³¹⁰.

Novamente com o estímulo do governo estadunidense, realizou-se nova conferência em 1911, que resultou na Convenção de Haia, a qual entrou em vigor apenas em 1921 diante dos acontecimentos relacionados à Primeira Guerra Mundial³¹¹. Tal tratado internacional abrangia a regulamentação de outras substâncias para além do ópio, como a cocaína, e reforçava a restrição do uso apenas para finalidades médicas, refletindo no plano internacional, segundo Rodrigues, a postura proibicionista norte-americana³¹². De acordo com Karam, a referida convenção ainda recomendava aos países signatários, em um de seus artigos, que analisassem a possibilidade de proibir, por meio do aparato penal, a posse de ópio, morfina e derivados³¹³.

Posteriormente, com a ocorrência de diversos outros encontros diplomáticos, a regulamentação internacional da questão das drogas foi avançando na ideologia proibicionista, chegando ao ponto de impor aos países signatários dos tratados internacionais a criminalização de inúmeras condutas relacionadas às drogas³¹⁴.

Atualmente, na seara internacional, a política criminal proibicionista em matéria de drogas se encontra principalmente consubstanciada nas três convenções da Organização das Nações Unidas a respeito do tema³¹⁵, das quais emanam as diretrizes seguidas por inúmeros países em suas legislações internas, inclusive o Brasil: a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, modificada em 1972 por meio de um Protocolo, o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e

³¹⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**, p. 73.

³¹¹ *Idem*.

³¹² RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 29.

³¹³ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 3.

³¹⁴ *Idem*.

³¹⁵ Isso não significa que não haja outros atos bilaterais e multilaterais celebrados entre os países em matéria de drogas. Na realidade, os tratados internacionais concluídos no âmbito da Organização das Nações Unidas em relação às drogas apresentam diretrizes gerais a serem seguidas pelos países signatários, as quais são muitas vezes aprofundadas e detalhadas em acordos e protocolos bilaterais e/ou multilaterais, inclusive por recomendação das próprias convenções em alguns artigos. O Brasil, por exemplo, é signatário de inúmeros acordos de cooperação para a prevenção e repressão ao consumo e tráfico ilícitos de substâncias psicoativas, além de tratados relativos à assistência judiciária em matéria penal. Para a consulta a todos os atos bilaterais e multilaterais relacionados ao combate às drogas dos quais o Brasil é signatário, atualizados até 2008, v. GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**, p. 78-81.

Substâncias Psicotrópicas de 1988, também conhecida como Convenção de Viena³¹⁶.

Conforme explica Karam, tais tratados internacionais, todos vigentes e complementares, buscam restringir a produção, a distribuição e o uso de substâncias e matérias primas consideradas ilícitas a finalidades exclusivamente médicas e científicas, prevendo a criminalização de condutas relativas às drogas realizadas com outros objetivos³¹⁷.

Nesse sentido, a Convenção Única de 1961, emendada pelo Protocolo de 1972, já estabelece como obrigação geral dos Estados signatários, em seu artigo 4, a implementação de medidas legais e administrativas voltadas a limitar a fabricação, circulação e consumo de drogas a fins médicos e científicos e a possibilitar a adequada execução de suas disposições, inclusive no que diz respeito à cooperação internacional³¹⁸.

Indicando em seu preâmbulo a preocupação com a saúde física e moral da humanidade, bem como com os perigos individuais, sociais e econômicos decorrentes do abuso de drogas, tal convenção prevê a cooperação internacional, norteadas por princípios e objetivos comuns entre os países, como meio eficaz de ação contra a toxicomania e o tráfico ilícito, fixando ainda a competência das Nações Unidas no que tange ao controle e à fiscalização internacional de entorpecentes³¹⁹.

As substâncias sujeitas ao controle internacional são apresentadas pela Convenção Única, complementada pelo Protocolo de 1972, na forma de quatro listas anexas, estando previsto um procedimento para inclusão de novas substâncias no rol ou modificação da classificação daquelas já arroladas. Além disso, o tratado determina diferentes medidas de fiscalização a que tais substâncias devem ser submetidas, tais como a necessidade de obter licenças, autorizações especiais e registros para a sua fabricação, comércio e distribuição legais³²⁰.

Ademais, para a efetivação do controle internacional, a referida convenção estabelece a necessidade de os países signatários remeterem periodicamente aos órgãos competentes das Nações Unidas estatísticas e estimativas de produção,

³¹⁶ KARAM, Maria Lúcia. Drogas e redução de danos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, ano 15, p. 128-144, jan./fev. 2007. p. 130-131.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 131.

³¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, as amended by the 1972 Protocol.** p. 1-44. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/convention_1961_en.pdf>. Último acesso em: 07/09/2013.

³¹⁹ *Idem*.

³²⁰ *Idem*.

consumo, importação, exportação e outros dados relativos às substâncias controladas, além de informações relacionadas ao cumprimento dos dispositivos convencionais, a alterações legislativas e regulamentares em matéria de drogas e aos casos importantes de tráfico ilícito ocorridos em seu território, respondendo ainda às explicações solicitadas. Munido desses dados, o Órgão Internacional de Fiscalização de Entorpecentes pode elaborar relatórios, tomar determinadas decisões, sugerir aos países que adotem medidas corretivas e realizem estudos, recomendar o oferecimento de assistência técnica ou financeira a certos governos, etc., tendo em vista o objetivo de assegurar o adequado cumprimento das disposições da convenção³²¹.

Especificamente em relação à repressão ao tráfico de drogas, a Convenção Única, de forma bem mais tímida que a Convenção de Viena de 1988, estabelece que os países signatários, levando em consideração seus ordenamentos jurídicos, devem coordenar a adoção de medidas preventivas e repressivas contra o tráfico no âmbito interno, além de cooperar com os demais Estados e com as organizações internacionais de forma ágil, podendo ainda prestar informações quanto às atividades ilícitas verificadas em seu território³²².

Quanto às disposições penais, a Convenção de 1961 determina, em seu artigo 36, a criminalização, dentro dos limites constitucionais de cada país, de dezoito diferentes condutas não taxativas, tais como cultivo, produção, posse, oferecimento, importação e exportação de drogas, quando realizadas intencionalmente e de forma contrária aos termos da convenção, prevendo ainda a necessidade de punição “adequada” aos autores de crimes graves, particularmente por meio de penas privativas de liberdade³²³. Interessante notar, na esteira das lições de Karam, a antecipação, neste tratado internacional, do estilo de tipificação de crimes caracterizados pela previsão de inúmeros verbos, utilizado com bastante frequência nas legislações penais de diversos países no final do século XX, inclusive em matéria de drogas³²⁴, como é o caso, no Brasil, do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, referente ao tráfico de substâncias psicoativas.

³²¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, as amended by the 1972 Protocol**, p. 1-44.

³²² *Ibidem*, p. 32.

³²³ *Idem*.

³²⁴ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 4.

Outrossim, a Convenção Única estabelece, desde que em conformidade com o regime constitucional e legal vigente nos países signatários, que a associação para o cometimento de quaisquer dessas condutas, a participação, a tentativa, bem como as operações financeiras e atos preparatórios realizados em conexão com tais crimes também devem ser punidos. Além disso, prevê que condenações estrangeiras decorrentes do cometimento dessas infrações penais devem ser levadas em consideração para a determinação da reincidência e que, caso diversas condutas interligadas, consideradas crime nos termos da convenção, sejam cometidas em países diferentes, cada uma será reputada como uma infração distinta.³²⁵

No caso de crimes cometidos por “indivíduos que abusam de drogas”, a Convenção prevê a possibilidade de aplicação de medidas de tratamento, reabilitação, reinserção social, etc., substitutivas ou complementares à condenação, consagrando com isso o modelo médico-sanitário. Ainda em relação às disposições penais, destaca-se também a facilitação da extradição e a previsão da apreensão e confisco de todas as substâncias e instrumentos usados ou destinados à utilização na prática dos crimes anteriormente mencionados³²⁶.

Verifica-se, por um lado, a partir da análise das disposições relacionadas ao tráfico ilícito de drogas, que a Convenção foi elaborada a partir da difusão de um modelo ético-jurídico, que combina o estereótipo moral indicativo da periculosidade das drogas com o estereótipo criminoso atribuído aos traficantes.

Simultaneamente, por outro lado, no que tange ao consumo de drogas para outras finalidades que não médicas ou científicas, percebe-se a prevalência, na Convenção Única, do modelo médico-sanitário e do estereótipo da dependência, enfatizando-se a necessidade de proteção da saúde pública e de tratamento dos dependentes. Nesse sentido, o artigo 38 determina a implementação de medidas relacionadas à prevenção, identificação, tratamento, reabilitação e reintegração na sociedade dos indivíduos que abusam de entorpecentes, promovendo inclusive o treinamento de pessoal para atingir tais finalidades³²⁷.

Dessa forma, parece ser possível concluir que a Convenção Única de 1961, com seu adendo, consiste numa expressão significativa do discurso médico-jurídico

³²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, as amended by the 1972 Protocol**, p. 32.

³²⁶ *Ibidem*, p. 32-33.

³²⁷ *Ibidem*, p. 33.

prevalecente no momento de sua celebração, proveniente da fusão do modelo médico-sanitário com o modelo ético-jurídico. Tal discurso foi determinante para o estabelecimento da ideologia da diferenciação que, distinguindo os consumidores de drogas dos traficantes, identificava-os, respectivamente, como doentes e criminosos, sendo incorporada pela legislação interna de vários países signatários.

Em relação à Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, por sua vez, pode-se dizer que apresenta, de maneira geral, um conteúdo bastante similar à Convenção Única de 1961³²⁸, com algumas modificações, tais como a proibição, conforme as disposições constitucionais dos países signatários, de anúncios publicitários relativos às substâncias psicotrópicas³²⁹. As alterações mais significativas introduzidas por aquela convenção, contudo, estão relacionadas às substâncias sujeitas ao controle internacional³³⁰.

Nesse sentido, afirma Escohotado que a grande novidade trazida pelo Convênio de 1971 está na preocupação não apenas com drogas capazes de gerar dependência, mas com quaisquer substâncias produtoras de efeitos sobre o “juízo, a percepção e o estado de ânimo” dos indivíduos, resultado das demandas por uma nova normativa internacional que abrangesse o controle sobre as drogas alucinógenas, amplamente consumidas durante a década de 60³³¹.

Assim, considerando que o termo entorpecente, sinônimo de estupefaciente, havia sido considerado impróprio pela Organização Mundial de Saúde³³², e que as principais drogas sujeitas à proibição naquele momento, como o LSD, não tinham capacidade aditiva, a Convenção de 1971 fez referência às “substâncias psicotrópicas”, correspondentes àquelas que, conforme indicam os radicais “psique” e “tropia”, mostram-se capazes de modificar a mente³³³.

Tais substâncias foram classificadas em quatro listas, sujeitas a medidas de controle e fiscalização diferenciadas, estando as drogas alucinógenas, embora muito menos tóxicas que outras, classificadas na lista I, submetidas, com isso, ao controle

³²⁸ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 4.

³²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convention on Psychotropic Substances**, 1971. p. 1-28. Disponível em: <http://www.unodc.org/pdf/convention_1971_en.pdf>. Último acesso em: 08/10/2013. p. 15.

³³⁰ ESCOHOTADO, Antonio. **Historia elemental de las drogas**. 5. ed. Barcelona: Anagrama, 2011. p. 161.

³³¹ *Ibidem*, p. 160-161.

³³² GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**, p. 26.

³³³ ESCOHOTADO, Antonio. **Historia elemental de las drogas**, p. 161.

mais rigoroso possível³³⁴. Verifica-se que a classificação das substâncias nas diferentes listas teve como principal critério a possibilidade de utilizá-las para fins médicos ou científicos³³⁵, o que resultou na proibição quase total de drogas usadas apenas para finalidades lúdicas, ainda que de baixa toxicidade, enquanto substâncias mais nocivas do ponto de vista da saúde individual estavam sujeitas a um controle menos rígido.

Percebe-se, portanto, que o regime proibicionista, embora fundado essencialmente em argumentos relacionados à saúde pública, está muitas vezes condicionado por outros motivos, como o ideal moralista frontalmente contrário a qualquer utilização hedonista de substâncias alteradoras da consciência.

De toda forma, mostra-se importante salientar que a Convenção de 1971 mantém o discurso médico-jurídico, estabelecendo a necessidade de adoção de medidas de prevenção e tratamento contra o abuso de substâncias psicotrópicas, de forma a possibilitar a reinserção social dos indivíduos envolvidos, bem como a cooperação internacional entre os países na luta coordenada contra o tráfico ilícito, prevendo como crime (embora sem enumerar condutas expressamente, como faz a Convenção Única) qualquer conduta realizada intencionalmente em desacordo com leis ou regulamentos aprovados internamente pelos países para o adequado cumprimento das disposições da Convenção³³⁶.

Com a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Substâncias Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, também conhecida como Convenção de Viena, ocorre uma intensificação da política de repressão às drogas ilícitas, conforme se percebe pela própria denominação atribuída ao tratado, não mais “sobre entorpecentes” ou “sobre substâncias psicotrópicas”, como dispõem a Convenção Única e o Convênio de 1971, respectivamente, mas “*contra* o Tráfico Ilícito” dessas substâncias³³⁷.

A referida convenção, inserida no contexto da política de guerra às drogas aprofundada durante a década de 80, não revoga as duas anteriores, mas as complementa, tendo como principal objetivo o fortalecimento do combate ao tráfico ilícito de drogas, inclusive mediante o acréscimo de algumas substâncias frequentemente utilizadas como precursoras para a fabricação ilícita de drogas

³³⁴ ESCOHOTADO, Antonio. **Historia elemental de las drogas**, p. 161-162.

³³⁵ *Ibidem*, p. 161.

³³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convention on Psychotropic Substances**, p. 20.

³³⁷ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 4.

dentre aquelas sujeitas ao controle internacional, tais como o éter etílico e a acetona³³⁸.

Já em seu preâmbulo, a Convenção de Viena evidencia, num tom bastante alarmista, a preocupação extrema dos países com o tráfico ilícito de drogas, principalmente em seus efeitos sociais e econômicos. Reconhecendo-o como uma atividade criminosa internacional associada, de forma geral, à criminalidade organizada que ameaça a segurança e a soberania dos Estados, e considerando que os enormes rendimentos econômicos provenientes do tráfico permitiriam às organizações transnacionais invadir e corromper a economia e as demais estruturas estatais e sociais, a Convenção estabelece a responsabilidade coletiva de todos os países na erradicação do tráfico ilícito por meio da cooperação internacional coordenada, especialmente em matéria criminal³³⁹.

Isso não significa, contudo, ao menos em teoria – ainda que contrariada na prática - a ingerência de um Estado nos assuntos internos dos outros, prevendo a Convenção de Viena que os países deveriam cumprir suas obrigações convencionais em conformidade com os princípios fundamentais de seus sistemas jurídicos e respeitando-se a igualdade de soberania e a integridade territorial dos demais³⁴⁰.

Embora haja menção à problemática decorrente do abuso de substâncias psicoativas, o discurso centra-se especificamente no combate ao tráfico internacional, tido como uma ameaça a ser eliminada de forma urgente e prioritária, prevalecendo na convenção, deste modo, o discurso político-jurídico que enfatiza a criminalização das condutas relacionadas ao comércio ilícito, bem como a intensificação da fiscalização, da repressão e da cooperação entre os países, especialmente em matéria penal, difundindo-se, conseqüentemente, o estereótipo político-criminoso atribuído ao traficante de drogas.

A determinação da tipificação como crimes de inúmeras condutas relacionadas às drogas e suas matérias-primas – desde a posse de equipamentos a serem utilizados na fabricação de substâncias psicotrópicas de forma contrária à regulamentação internacional, o financiamento e a receptação de bens decorrentes

³³⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**, p. 77.

³³⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances**, 1988. p. 1-31. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf>. Último acesso em: 13/10/2013. p. 10.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 11.

de condutas consideradas ilícitas, a incitação pública para o cometimento de tais condutas, até a posse para consumo pessoal, levando em consideração as disposições jurídicas internas, especialmente constitucionais, de cada país – está prevista na Convenção de Viena, num rol bem mais extenso que aquele da Convenção Única, no artigo 3, parágrafos 1 e 2³⁴¹.

Ainda nesse dispositivo legal, a Convenção de 1988 ratifica a necessidade de os países estabelecerem, diante da gravidade de sua natureza, sanções penais rigorosas aos autores das diversas condutas previstas no parágrafo 1, como privação de liberdade, penas pecuniárias e confisco de bens, podendo ainda cumulá-las com medidas de educação, tratamento, reabilitação, reintegração social, etc. No entanto, em se tratando de crimes de menor gravidade ou quando a conduta tiver sido cometida por dependente de drogas, a Convenção faculta aos países adotarem as medidas citadas como alternativa à condenação ou punição. Por sua

³⁴¹ Dispõe o artigo 3 que: “Artigo 3. 1. Cada parte deverá adotar as medidas que forem necessárias para estabelecer como crimes em seu direito interno, quando cometidas intencionalmente: a) i) A produção, fabricação, extração, preparação, oferta, comercialização, distribuição, venda, entrega em quaisquer condições, corretagem, expedição, expedição em trânsito, importação ou exportação de quaisquer entorpecentes ou substâncias psicotrópicas de forma contrária às disposições da Convenção de 1961, da Convenção de 1961 emendada ou da Convenção de 1971; ii) O cultivo de dormideiras, arbustos de coca ou plantas de cannabis para a produção de drogas entorpecentes de forma contrária às disposições da Convenção de 1961 e da Convenção de 1961 emendada; iii) A posse ou aquisição de quaisquer entorpecentes ou substâncias psicotrópicas para qualquer das atividades enumeradas na alínea i); iv) A fabricação, transporte ou distribuição de equipamentos, materiais ou substâncias listadas nas Tabelas I e II, com o conhecimento de que serão utilizados no ou para o cultivo, produção ou fabricação ilícitas de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas; v) A organização, gestão ou financiamento de quaisquer das infrações enumeradas nas alíneas i), ii), iii) ou iv); b) i) A conversão ou transferência de propriedade, com o conhecimento de que esta deriva de qualquer infração estabelecida de acordo com o subparágrafo a), ou da participação em tal infração, com o objetivo de ocultar ou dissimular a origem ilícita da propriedade ou de auxiliar a pessoa envolvida no cometimento de tal infração a evadir-se das consequências legais de seus atos; ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação, propriedade ou outros direitos relativos aos bens, com o conhecimento de que derivam de infração estabelecida de acordo com o subparágrafo a) ou da participação em tal infração; c) Com respeito aos princípios constitucionais e conceitos básicos de seu sistema jurídico: i) A aquisição, posse ou uso de bens, com o conhecimento de que no momento de sua recepção, derivavam de infração estabelecida de acordo com o subparágrafo a), ou da participação em tal infração; ii) A posse de equipamentos, materiais ou substâncias listadas nas Tabelas I e II, com o conhecimento de que estão ou serão utilizados no ou para o cultivo, produção ou fabricação de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas; iii) A incitação ou indução de outros em público, por quaisquer meios, a cometer quaisquer das infrações estabelecidas de acordo com este artigo ou a usar ilicitamente entorpecentes ou substâncias psicotrópicas; iv) A participação, associação ou conspiração para cometer, a tentativa e a prestação de auxílio, facilitação ou aconselhamento na prática de quaisquer das infrações estabelecidas de acordo com este artigo. 2) Com respeito aos princípios constitucionais e conceitos básicos de seu sistema jurídico, cada parte deverá adotar as medidas que forem necessárias para tipificar como crime em seu direito interno, quando cometidas intencionalmente, a posse, aquisição ou cultivo de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas para consumo pessoal de forma contrária às disposições da Convenção de 1961, da Convenção de 1961 emendada ou da Convenção de 1971”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances**, p. 12. Tradução livre).

vez, no caso dos crimes previstos no parágrafo 2, relacionados ao consumo pessoal de drogas, tais medidas podem ser aplicadas pelos países de forma alternativa ou cumulativa com a condenação do autor da infração penal³⁴².

Além da determinação de que um conjunto extremamente amplo de condutas relacionadas às substâncias psicoativas controladas seja criminalizado pelo direito interno dos países signatários, o rigor punitivo com que deve ser tratado o tráfico de drogas à luz da regulamentação internacional se manifesta também na necessidade, expressa pela Convenção de 1988, de as autoridades competentes levarem em consideração, na fixação da pena, determinadas circunstâncias que tornariam o crime ainda mais grave. De forma exemplificativa, a convenção introduz algumas destas circunstâncias, tais como a participação do agente em atividades criminosas internacionais organizadas ou em atividades ilegais facilitadas pela prática da infração, o uso de violência ou armas, o cometimento da infração nas proximidades de escolas e estabelecimentos penitenciários, a existência de condenações anteriores, particularmente por infrações análogas e inclusive no estrangeiro, se permitido pelo direito interno dos países, etc.³⁴³

Aliás, a Convenção estabelece que os países devem se esforçar para utilizar a discricionariedade permitida pelos seus ordenamentos jurídicos no que tange ao processamento dos crimes de tráfico no sentido de maximizar a efetividade das medidas de prevenção e repressão. Prevê-se também, expressamente, que as autoridades competentes, ao considerarem a possibilidade de concessão de livramento antecipado ou condicional, não podem negligenciar a gravidade dos crimes e das circunstâncias especiais mencionadas - deixando-se implícito, portanto, que tal benefício deve ser restringido para as infrações relacionadas ao tráfico de drogas, determinando-se ainda que os países adotem, em seu direito interno, prazos de prescrição prolongados para a persecução de tais crimes³⁴⁴.

Ademais, complementando as convenções anteriores, a Convenção de Viena determina a adoção de medidas necessárias para possibilitar o confisco não apenas das substâncias, materiais ou instrumentos utilizados ou destinados a serem usados na prática de infrações estabelecidas de acordo com o artigo 3, parágrafo 1, mas também de produtos decorrentes de tais condutas ou de bens de valor

³⁴² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances**, p. 13.

³⁴³ *Idem.*

³⁴⁴ *Idem.*

correspondente, os quais podem ser identificados, rastreados, congelados ou apreendidos para fins de eventual confisco, inclusive em decorrência de pedidos ou decisões de outro país.

Com esta finalidade, deve-se permitir às autoridades competentes de cada Estado que determinem a apresentação ou apreensão de documentos bancários, financeiros ou comerciais, não podendo os países signatários invocar o sigilo bancário para deixar de dar cumprimento a esta disposição convencional. Destaque-se, ainda em relação a este aspecto, a previsão na convenção de que os países podem considerar, em conformidade com os princípios do seu direito interno e a natureza dos procedimentos em questão, a possibilidade de inversão do ônus da prova no que se refere à origem lícita dos produtos e bens sujeitos ao confisco³⁴⁵.

A Convenção de 1988 ainda explicita que os países devem prestar-se mutuamente o mais amplo auxílio judiciário possível em investigações, procedimentos criminais e processos judiciais relacionados às infrações previstas no artigo 3, parágrafo 1, detalhando as hipóteses exemplificativas e o procedimento por meio do qual deve ser solicitado, bem como as situações em que passível de recusa³⁴⁶.

Além disso, prevê a estreita cooperação entre os países, conforme seus sistemas jurídicos, com o intuito de reforçar a eficácia de ações voltadas a erradicar o tráfico ilícito. Nesse sentido, dispõe que os países devem, com base em tratados internacionais, manter canais de comunicação que permitam o rápido intercâmbio de informações relativas ao comércio ilegal, cooperar na condução de inquéritos que envolvam aspectos internacionais, estabelecer equipes mistas em situações apropriadas, facilitar a coordenação entre organismos competentes, etc., podendo inclusive organizar conferências e seminários regionais e internacionais para discutir problemas comuns, incluindo as necessidades específicas dos países de trânsito de drogas³⁴⁷. Aliás, o tráfico ilícito que ocorre nestes países consiste em fonte de profunda preocupação da Convenção de Viena, que designa um artigo específico para tratar da assistência técnica e financeira a tais Estados³⁴⁸.

³⁴⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances**, p. 13-16.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 17-19.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 20.

³⁴⁸ *Idem*.

Uma novidade trazida pela Convenção de 1988 em relação aos tratados anteriores diz respeito à técnica da “entrega controlada”, que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas de conter substâncias sujeitas ao controle internacional - ou substitutivas daquelas - transitem livremente pelo território de um ou mais países, com o conhecimento e sob a supervisão das autoridades competentes, tendo em vista a finalidade de identificar pessoas envolvidas com o tráfico ilícito³⁴⁹. Assim, dispõe a convenção que, desde que haja compatibilidade com os princípios básicos de seus sistemas jurídicos, os países devem possibilitar a utilização apropriada da “entrega controlada” em nível internacional, baseando-se, para isso, em acordos mútuos³⁵⁰.

Cite-se, por fim, a previsão na Convenção de Viena de que os países signatários adotem medidas apropriadas para reduzir a demanda ilícita por entorpecentes e substâncias psicotrópicas – inclusive como forma de eliminar o financiamento do tráfico ilícito – e para prevenir e erradicar o cultivo ilícito de dormideiras, arbustos de coca e plantas de *cannabis*, dentre outras das quais se extraem substâncias psicoativas, ressaltando, contudo, a necessidade de respeitar os direitos fundamentais, proteger o meio ambiente e levar em consideração as utilizações lícitas tradicionais, onde haja evidência histórica disso³⁵¹.

Verifica-se, portanto, após breve análise das Convenções de 1961, 1971 e 1988, que os diplomas internacionais celebrados no âmbito da Organização das Nações Unidas em matéria de drogas consagram um sistema normativo de índole proibicionista que expressa diretrizes a serem seguidas pelos países signatários em sua legislação interna, refletindo o discurso médico-jurídico que começou a se estabelecer a partir da década de 60 e, mais especificamente no que tange à Convenção de Viena, o discurso político-jurídico e a política criminal de guerra às drogas, inclusive com a previsão da adoção de medidas jurídicas voltadas ao combate do tráfico ilícito que poderiam facilmente ser caracterizadas como direito penal do inimigo.

Aliás, nesse mesmo sentido, afirma Karam que as imposições proibicionistas decorrentes dessa normativa internacional, composta pela vigência complementar das três convenções citadas, reproduzidas nos ordenamentos jurídicos de inúmeros

³⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances**, p. 11.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 20.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 23.

países, violam diversos princípios e direitos fundamentais inscritos nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas³⁵².

Conforme mencionado previamente, o tratamento penal e processual penal dirigido aos inimigos da sociedade, não apenas na teoria de Jakobs, mas também em sua existência concreta nos ordenamentos jurídicos, pode ser identificado por meio de algumas particularidades que o diferenciam do direito penal e processual penal clássico, tais como a antecipação da punibilidade para alcançar atos meramente preparatórios, que ainda não representam lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, a cominação de penas desproporcionalmente altas, independentemente da mencionada antecipação da criminalização, a relativização ou supressão de garantias materiais e processuais e a caracterização como um direito penal de combate à criminalidade, guiado mais pela noção de periculosidade que de culpabilidade pela infração penal cometida.

Embora não se pretenda aqui realizar uma análise aprofundada das disposições das convenções internacionais, parece interessante indicar certos dispositivos que permitem identificar os traços de direito penal do inimigo presentes na regulamentação internacional do tratamento jurídico do tráfico ilícito, tendo em vista os importantes reflexos da adoção de suas diretrizes pelas legislações internas de diversos países, inclusive o Brasil.

Nesse sentido, a determinação da antecipação da criminalização já constava da Convenção Única de 1961, seja pela referência expressa à tipificação de atos preparatórios, seja pela turbação dos limites entre consumação e tentativa na previsão das condutas a serem criminalizadas³⁵³. A Convenção de Viena, por sua vez, conforme visto, amplia o rol de ações proibidas, antecipando a tipificação de forma a criminalizar até mesmo condutas que representam meros atos preparatórios do crime de tráfico, como a fabricação de equipamentos a serem utilizados na produção de drogas ilícitas³⁵⁴, por exemplo, violando assim o princípio da lesividade ou ofensividade da conduta proibida³⁵⁵.

³⁵² KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 8-9.

³⁵³ *Ibidem*, p. 10.

³⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances**, p. 12.

³⁵⁵ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 10-12. De acordo com Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, o princípio da lesividade determina que “nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeia, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo” (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, p. 226).

Destaque-se ainda, de acordo com Karam, que a determinação, bastante genérica e imprecisa, da tipificação da instigação ou indução em público, por quaisquer meios, a cometer qualquer das condutas relacionadas ao tráfico ou a consumir drogas ilicitamente ofende o princípio constitucional da legalidade que proíbe, no campo penal, a formulação de tipos vagos e indeterminados³⁵⁶.

De todo modo, além da antecipação da criminalização para abarcar atos meramente preparatórios, o intenso rigor punitivo com que o tráfico de drogas é tratado nas convenções internacionais da ONU também se verifica a partir da recomendação, pela Convenção Única, de aplicação preferencial de penas privativas de liberdade aos crimes graves e da previsão, pela Convenção de 1988, de diversas circunstâncias fáticas que conferem particular gravidade às condutas cometidas, permitindo assim o recrudesimento das penas cominadas ao tipo básico de tráfico, geralmente já fixadas em patamares bastante elevados nas legislações internas dos países signatários³⁵⁷.

Ademais, a determinação da tipificação, como figuras autônomas, da organização, gestão ou financiamento dos crimes relacionados ao tráfico, bem como da receptação específica ou “reciclagem” de bens provenientes dessas infrações, de que decorre a criminalização da “lavagem de capitais”, possibilitou, segundo Karam, o excesso punitivo por parte de inúmeras legislações no tratamento penal desses crimes, sendo previstas penas desproporcionalmente altas³⁵⁸.

No Brasil, por exemplo, a Lei n.º 11.343/06 determina que o financiamento ou custeio da prática dos crimes de tráfico se encontra sujeito à pena de reclusão de oito a vinte anos, além de multa, estabelecendo, portanto, uma pena mínima superior àquela prevista para o homicídio simples. Já em relação à receptação, apenas para exemplificar, explica Karam que, na Noruega, enquanto a pena máxima prevista para o tipo básico é de três anos, em se tratando de bens procedentes de crimes relativos às drogas, tal sanção penal pode ser aumentada até o limite máximo da pena privativa de liberdade permitido naquele país, correspondente a vinte e um anos³⁵⁹.

Além disso, o tratamento penal diferenciado destinado aos traficantes de drogas se expressa também, na Convenção de Viena, pela determinação da adoção

³⁵⁶ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 16-17.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 17-18.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 14-16.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 16.

de prazos de prescrição mais longos nos casos apropriados e pela recomendação, ainda que indireta, de restrição ao livramento antecipado ou condicional dos condenados pelo crime de tráfico.

Outro aspecto importante a ser destacado em relação à regulamentação internacional das questões jurídicas relativas ao crime de tráfico de drogas, indicativo de um direito processual penal de inimigo, diz respeito à redução ou supressão de garantias processuais dos investigados ou acusados pelo cometimento das condutas configuradoras deste fato punível.

Exemplo disso consiste na previsão, pela Convenção de 1988, de meios de prova invasivos e capciosos, tais como a quebra do sigilo bancário e a técnica da “entrega vigiada”, que segundo Karam contrastam com a transparência e a ética que devem pautar as ações estatais num Estado Democrático de direito³⁶⁰. Influenciadas por essas diretrizes, as legislações internas de vários países abarcam ainda a interceptação de correspondências e comunicações, a utilização de escutas e filmagens ambientais, a quebra do sigilo de dados pessoais em geral, a ação controlada ou postergada da polícia, etc., enfim, inúmeros meios de prova que induzem o indivíduo, sem que tenha ciência disso, a colaborar com o Estado para produzir provas contra si mesmo, violando com isso a garantia do direito a não se autoincriminar³⁶¹.

Acrescente-se ainda a previsão da possibilidade de inverter o ônus da prova em relação à origem de bens supostamente provenientes do cometimento das condutas relativas ao crime de tráfico e sujeitos ao confisco, ficando a cargo do réu comprovar sua procedência lícita, e a recomendação para que os países se esforcem no sentido de utilizar as faculdades legais de seus ordenamentos jurídicos relativas à persecução penal dos crimes de tráfico para tornar efetivas as medidas de prevenção e repressão a essas infrações penais.

Nesse contexto, parece evidente que as convenções da Organização das Nações Unidas relativas às drogas determinam a adoção, pelos países signatários, de medidas jurídicas de verdadeiro combate ao tráfico ilícito, legitimadas pela identificação discursiva dos traficantes de drogas como inimigos da sociedade, especialmente em sua faceta de supostos membros da criminalidade internacional organizada, capazes de corromper e destruir as estruturas políticas, econômicas e

³⁶⁰ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 24.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 24-25.

sociais dos Estados, ainda que na prática a atuação seletiva dos sistemas penais geralmente se restrinja aos setores menos significativos do comércio ilegal.

Cria-se, com isso, um modelo de cooperação internacional que, a despeito de inúmeros princípios e garantias estabelecidos nas constituições e declarações internacionais de direito, visa erradicar o tráfico ilícito a todo custo, ainda que para conduzir essa efetiva guerra às drogas seja necessário recorrer a um direito penal e processual penal do inimigo.

3.5 A IDENTIFICAÇÃO DISCURSIVA DO TRAFICANTE DE DROGAS COMO INIMIGO DA SOCIEDADE NO BRASIL

Assim como em vários outros países, a política criminal de drogas brasileira se harmoniza com as diretrizes proibicionistas ditadas pelas convenções internacionais, encampando a guerra às drogas consideradas ilícitas como estratégia de alcance, na linha do discurso oficial, do objetivo final de eliminação do consumo e tráfico ilegais, de forma a proteger a saúde pública.

Embora não se tenha qualquer intenção de realizar uma reconstrução histórica da legislação de drogas no Brasil, ainda mais considerando toda a complexidade e as precauções, inclusive de ordem metodológica, que tal estudo envolveria, a referência a determinados momentos históricos, com suas transformações legislativas – ainda que decorra de uma escolha parcial e incompleta – parece imprescindível para que se possa compreender as configurações do atual modelo político-criminal de combate às drogas levado a cabo no Brasil, com seus reflexos na atuação concreta do sistema de justiça penal.

Nesse contexto, busca-se apresentar alguns elementos que contribuíram para a incorporação e construção, também no Brasil, de discursos identificadores do traficante de drogas como inimigo da sociedade, legitimadores, portando, da edição de medidas jurídicas típicas de direito penal do inimigo.

De acordo com Batista, a política criminal de controle sobre as drogas no Brasil pode ser dividida entre o modelo sanitário, que prevaleceu de 1914 a 1964, e

o modelo bélico, vigente de 1964 até a atualidade, ainda que com características residuais decorrentes do anterior³⁶².

Ainda que tal autor considere que até 1914 a legislação brasileira sobre drogas ainda não constituía um programa definido e coerente de política criminal³⁶³, não se pode deixar de mencionar que a criminalização da venda de determinados “venenos” em desconformidade com certas formalidades já estava prevista nas Ordenações Filipinas e no Código Penal de 1890, constando, neste diploma legal, dentre os crimes contra a saúde pública³⁶⁴.

De toda forma, no início do século XX, o consumo de substâncias alteradoras da consciência não era considerado motivo de muita preocupação no Brasil, pois se restringia, segundo a perspectiva oficial do Estado e da imprensa, aos hábitos de alguns oligarcas. No entanto, durante a passagem para a década de 20, com a difusão do consumo de drogas como a heroína, a cocaína e a maconha (esta utilizada há gerações por comunidades sertanejas, indígenas, negras e caboclas) entre camadas marginalizadas da sociedade, como a crescente população pobre urbana, houve um aumento do debate acerca das substâncias psicoativas e das demandas moralistas de grupos sociais em favor da criminalização³⁶⁵.

Segundo Batista, a configuração da política criminal de drogas brasileira na direção do modelo sanitário se inicia a partir da subscrição, pelo Brasil, do protocolo suplementar de assinaturas da Convenção de Haia de 1912, que dá origem também à constante influência dos tratados internacionais sobre a legislação brasileira em matéria de drogas. Aliás, a partir da referida convenção é que se editou, no Brasil, o Decreto n.º 4.294/21, o qual introduziu a expressão “entorpecente” no direito penal brasileiro³⁶⁶.

O período sanitário, marcado pela sucessão de inúmeras reformas legislativas, caracterizava-se pela existência de um modelo de controle de drogas de caráter higienista que determinava a observância de várias formalidades e

³⁶² BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 20, ano 5, p. 129-146, out./dez. 1997.

³⁶³ *Ibidem*, p. 131. Em sentido diverso, Salo de Carvalho identifica o surgimento de uma política proibicionista sistematizada no Brasil apenas a partir dos anos 40. (**A política criminal de drogas no Brasil**, p. 59-60).

³⁶⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 57-59.

³⁶⁵ RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas. In: PASSETTI, Edson. (Coord). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 131-151. p. 139-140.

³⁶⁶ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue, p. 131.

regulamentações e que, embora não criminalizasse o consumo³⁶⁷, tratava os usuários de drogas, tanto dependentes quanto ocasionais, como sujeitos doentes que deveriam ser submetidos à internação³⁶⁸, inclusive compulsória em determinadas hipóteses, como quando se comprovasse a “necessidade de tratamento adequado ao enfermo ou quando for conveniente à ordem pública” (Decreto-Lei n.º 891/38)³⁶⁹.

Em relação às normas penais, deve-se salientar que as diversas alterações legais que ocorreram ao longo do período contribuíram para recrudescer o rigor repressivo no que tange ao comércio ilegal, especialmente com a multiplicação de núcleos verbais na definição das condutas caracterizadoras do tipo básico de tráfico, apenadas com reclusão de um a cinco anos e multa na previsão do Código Penal de 1940, além da flexibilização de garantias processuais³⁷⁰. Destaque-se que, segundo Carvalho, a formação de um sistema repressivo sistematizado no Brasil, caracterizando assim uma efetiva política criminal de drogas, ocorre após a década de 40, quando a luta contra tais substâncias sofre um primeiro grande impulso no país, regulamentando-se, conforme as disposições internacionais, a produção, o tráfico e o consumo³⁷¹.

Por sua vez, a partir de 1964, com a instauração da ditadura militar, inicia-se, segundo a classificação de Batista, o modelo bélico de política criminal de drogas, marcado pelo ingresso definitivo do Brasil no cenário internacional de guerra às substâncias psicoativas consideradas ilícitas. Isso não significa, contudo, uma completa superação do modelo sanitário, que se manteve de forma residual, especialmente no que tange ao estereótipo da dependência aplicado aos consumidores de drogas³⁷².

Logo após a aprovação e promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes no Brasil, foi editado o Decreto-Lei n.º 159/67, por meio do qual as substâncias capazes de causar dependência física ou psíquica foram equiparadas

³⁶⁷ Segundo Batista, o consumo até chegou a ser criminalizado durante a vigência do modelo sanitário, mas por período tão curto que acabou não gerando efeitos práticos. (Política criminal com derramamento de sangue, p. 136-137).

³⁶⁸ Conforme explica Hungria, ao comentar o artigo 281 do Código Penal de 1940, “o viciado atual (já toxicômano ou simples intoxicado habitual) é um doente que precisa de tratamento, e não de punição”. (HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**: arts. 250 a 361. v. IX. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 139).

³⁶⁹ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue, p. 130-137.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 135-137.

³⁷¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 59-60.

³⁷² BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue, p. 137-138.

aos entorpecentes para finalidades penais e de fiscalização, tendo sido o Brasil, segundo Greco, o segundo país do mundo a enfrentar a questão³⁷³.

Com a edição do Decreto-Lei n.º 385/68, houve uma importante modificação na legislação penal brasileira referente às drogas. Além do acréscimo de verbos ao tipo básico do tráfico e de seu alargamento para abarcar também condutas relacionadas às matérias-primas destinadas à preparação das drogas ilícitas, tal decreto instituiu a criminalização do usuário – ao prever como crime a conduta de trazer “consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” - cominando pena equivalente àquela prevista para o traficante³⁷⁴ e rompendo, dessa forma, com a ideologia da diferenciação. Ao equiparar o usuário ao traficante, tal preceito legal sofreu diversas críticas doutrinárias e resistência por parte dos tribunais, que buscaram atenuar seu rigor na prática cotidiana³⁷⁵.

Diante desse cenário, entrou em vigor a Lei n.º 5.726/71 que, segundo Greco Filho, representou a “iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos no âmbito mundial na sua época”³⁷⁶. A referida lei, aparentando atender às críticas doutrinárias e jurisprudenciais decorrentes da normativa anterior, deixou de criminalizar o dependente de drogas que houvesse cometido algum delito relacionado ao tráfico, apontando-o como sujeito doente merecedor de tratamento. No entanto, frustrando as expectativas daqueles que esperavam maiores modificações em relação ao tratamento penal do consumidor de drogas, manteve a identificação entre usuários e traficantes, elevando ainda o limite máximo da pena privativa de liberdade para seis anos³⁷⁷.

Tal legislação aprofunda o modelo proibicionista brasileiro, adequando-o, de acordo com Carvalho, às disposições decorrentes da normativa internacional sobre as drogas³⁷⁸. A instituição do dever geral de colaboração no *combate* ao tráfico e uso de substâncias consideradas ilícitas, a obrigação dos diretores de estabelecimentos de ensino a comunicar as autoridades sanitárias sobre os casos de uso e tráfico constatados no âmbito escolar sob pena de perda do cargo, a

³⁷³ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**, p. 86.

³⁷⁴ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue, p. 139.

³⁷⁵ MENNA BARRETO, João de Deus Lacerda. **Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos**. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. p. 31.

³⁷⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**, p. 90.

³⁷⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 67; MENNA BARRETO, João de Deus Lacerda. **Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos**, p. 31.

³⁷⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 67.

previsão do crime de associação para a prática dos delitos relacionados às drogas (denominado de bando ou quadrilha, embora caracterizado a partir da associação de duas ou mais pessoas)³⁷⁹, etc., demonstram o avanço da política criminal de drogas no Brasil no sentido do recrudescimento da repressão.

Contudo, é no contexto de edição da Lei n.º 6.368/76 que, ainda segundo o autor citado, o discurso jurídico-político transnacional de caráter belicista se incorpora formalmente e se configura como o modelo oficial brasileiro de combate às drogas no plano da segurança pública, justificando, por meio da atribuição ao traficante de drogas do papel político de inimigo interno, uma constante intensificação do rigor punitivo destinado a neutralizá-lo³⁸⁰. Interessante notar que tal legislação deixa transparecer o pânico moral existente em torno da questão das drogas na época, difundido especialmente pelos meios de comunicação em massa, ainda que na realidade, segundo Carvalho, os índices de uso e tráfico ilícitos no Brasil não fossem substancialmente elevados quando comparados com os de outros países³⁸¹.

Conforme visto anteriormente, na década de 70, com a responsabilização, pelas agências norte-americanas de combate às drogas, dos países produtores de substâncias psicoativas pelo aumento do consumo interno nos Estados Unidos, iniciou-se um processo de exportação da política de drogas estadunidense e especificamente do discurso jurídico-político para os países latino-americanos, tendo como finalidade a implementação de um modelo transnacionalizado de controle sobre as drogas consideradas ilícitas.

Nessas circunstâncias é que se insere a Lei n.º 6.368/76 que, em conformidade com as orientações político-criminais expressas nas convenções internacionais, inaugura um modelo inédito de controle das drogas no Brasil. Além de reforçar o discurso médico-jurídico e a ideologia da diferenciação, distinguindo os consumidores/dependentes dos traficantes, tal modelo implementa gradualmente o discurso jurídico-político identificador das drogas e do traficante como inimigos da sociedade, harmonizando-se, com isso, ao projeto norte-americano de internacionalização do combate às drogas³⁸².

³⁷⁹ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue, p. 139-140.

³⁸⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 69-72.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 75.

³⁸² *Ibidem*, p. 69-72.

Destaque-se que a institucionalização desse discurso jurídico-político em países produtores ou de passagem do tráfico internacional, como o Brasil³⁸³, desconsiderando as especificidades culturais, econômicas, sociais e políticas locais, conduziu à instauração de modelos genocidas de segurança pública³⁸⁴, instrumentalizados por métodos e dispositivos militares, numa luta contra as drogas que deixa verdadeiras marcas de guerra.

Especificamente em relação aos dispositivos da Lei n.º 6.368/76, ressalta-se o estabelecimento de tratamentos penais bastante diferenciados destinados ao consumidor e ao traficante de drogas. Por um lado, enquanto ao dependente de drogas, considerado como doente, destina-se o tratamento sob regime de internação hospitalar (obrigatório conforme o quadro clínico ou as manifestações psicopatológicas) ou assistência ambulatorial, independentemente da prática de delito, o usuário de drogas deixa de ser equiparado ao traficante, cominando-se ao crime de porte de drogas para uso próprio (“adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio”) pena de detenção de seis meses a dois anos, além de multa.

Por outro lado, no que tange ao tráfico de drogas, há uma notória intensificação punitiva. Além do acréscimo de novas modalidades de conduta dentre aquelas criminalizadas, as quais já formavam um rol bastante extenso, há um substancial aumento das penas cominadas, elevando-se a escala penal para a faixa de três a quinze anos de reclusão e multa, ampliando-se também, com isso, a margem de discricionariedade judicial na fixação da sanção penal. Ademais, mantém-se o crime de associação para o tráfico, aumentando-se as penas previstas, e são criadas diversas causas especiais de aumento de pena, estabelecendo-se ainda que o réu condenado por tráfico não poderia interpor apelação sem recolher-se à prisão.

Tal estrutura punitiva de extremo rigor, especialmente no que tange ao tratamento penal e processual penal do imputado pela prática de tráfico de drogas, justificou-se a partir da identificação discursiva destes indivíduos como inimigos da sociedade, possibilitada não apenas pela adesão das agências penais brasileiras ao modelo internacional de controle das drogas, mas também em razão de uma base

³⁸³ Explica Carvalho que, de acordo com a Organização das Nações Unidas, o Brasil sempre foi apontado como país de trânsito nas rotas internacionais do tráfico ilícito. Contudo, a partir dos anos 90, passou a ser considerado também produtor de produtos químicos voltados à fabricação e ao refino de drogas ilícitas, bem como facilitador da lavagem de dinheiro proveniente do tráfico. (**A política criminal de drogas no Brasil**, p. 108).

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 71.

ideológica conformada, segundo Carvalho, pela integração entre os movimentos de lei e ordem, a ideologia da defesa social e a ideologia da segurança nacional, que fundaram a estrutura repressiva dos anos 60 e 70 no Brasil³⁸⁵.

De acordo com o referido autor, a ideologia da defesa social, originada contemporaneamente à revolução burguesa, atravessa as diversas vertentes das ciências penais (racionalismo ilustrado, positivismo criminológico, tecnicismo jurídico), sustentando, a partir de uma concepção abstrata e ahistórica de sociedade, uma intervenção punitiva racional e científica frente aos delitos cometidos, com o objetivo de tutelar bens jurídicos e controlar a criminalidade em defesa da sociedade³⁸⁶. Conforme explica Baratta, o conteúdo da ideologia da defesa social pode ser sintetizado pelos princípios da legitimidade, do bem e do mal, da culpabilidade, da finalidade ou prevenção, da igualdade e do interesse social e delito natural³⁸⁷.

Afirma Baratta que, de acordo com o princípio da legitimidade, o Estado é legitimado a reprimir a criminalidade por meio de agências formais de controle social, que interpretam a reação da sociedade ao crime, voltada à sua reprovação e condenação e à reafirmação dos valores sociais. O princípio do bem e do mal, por sua vez, identifica o criminoso como um elemento negativo e disfuncional, sendo o crime visto como um “mal” e a sociedade constituída considerada “o bem”. Ademais, a infração penal consiste, segundo o princípio da culpabilidade, na manifestação de uma atitude interior reprovável que afronta os valores e normas sociais, tendo a pena, de acordo com o princípio da finalidade ou da prevenção, tanto a função de retribuir quanto de prevenir o cometimento de delitos. Conforme o princípio da igualdade, a reação penal deve ser aplicada igualmente aos autores de infrações penais. Finalmente, dispõe o princípio do interesse social e do delito natural que a grande maioria dos crimes definidos nos códigos representa a violação de interesses fundamentais da sociedade, comuns a todos os cidadãos, sendo apenas uma

³⁸⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 83.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 85-89. Carvalho ressalta que embora a ideologia da defesa social, especialmente com o advento do paradigma da reação social, tenha tido sua base estrutural e principiológica deslegitimada, ela continua pautando a interpretação do crime, do criminoso e da pena na atualidade, pois profundamente arraigada no senso comum.

³⁸⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 42.

pequena parcela constituída por delitos que se traduzem na ofensa a “arranjos políticos e econômicos”³⁸⁸.

Esta principiologia, aliada aos postulados da ideologia da segurança nacional e aos movimentos de lei e ordem, permitiu, seguindo o entendimento de Carvalho, o incremento da repressão à criminalidade, potencializando o paradigma bélico³⁸⁹ caracterizador da política criminal de drogas.

Em relação à doutrina de segurança nacional, a incorporação de seus postulados à estrutura do sistema de segurança pública no Brasil, a partir da instauração do regime militar, levou à formação de um modelo repressivo militarizado baseado na ideia de neutralização ou eliminação de inimigos internos³⁹⁰.

Tal ideologia³⁹¹ autoritária, originada a partir do final da Segunda Guerra Mundial e início da Guerra Fria, com a divisão do mundo em blocos políticos antagônicos, transmitia a ideia da existência de uma guerra total e permanente em que o modelo ocidental de estado, bem como seus valores morais, deveriam ser protegidos a qualquer custo, neutralizando-se os dissidentes internos. Isso permitiu, segundo Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, o surgimento de estados de emergência, leis de segurança, tribunais especiais, grupos de extermínio, etc., sendo o poder punitivo exercido não apenas por meio do sistema penal formal, mas também pelo sistema administrativo, caracterizado por prisões extrajudiciais, e por meio do sistema subterrâneo, operacionalizado através de prisões, desaparecimentos, torturas, etc³⁹².

Embora a ideologia da segurança nacional estivesse mais especificamente direcionada à identificação dos dissidentes políticos como inimigos internos, os delinquentes comuns, ainda conforme os autores citados, também eram enquadrados nessa categoria, pois considerados “espécie de traidor em segundo grau da pátria”³⁹³. Tal conceito de “inimigo interno”, portanto, frequentemente invocado em relação aos criminosos políticos durante o regime militar, acaba sendo

³⁸⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, p. 42-43.

³⁸⁹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 90.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 73.

³⁹¹ Embora não deixem de utilizar o vocábulo, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar criticam o uso do termo “ideologia” em relação à doutrina da segurança nacional, afirmando que “é um exagero chamá-la de ideologia, devido à sua enorme pobreza de conteúdo teórico”. (**Direito Penal Brasileiro**, p. 608).

³⁹² ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, p. 609.

³⁹³ *Idem*.

incorporado ao sistema penal em geral³⁹⁴, ainda mais com a fusão dos horizontes de punitividade entre as ideologias maniqueístas da segurança nacional e da defesa social³⁹⁵.

Nesse contexto de neutralização de inimigos, em que conceitos e métodos militares passaram a ser aplicados com naturalidade no direito penal comum, pelas agências civis de controle social, ocorre a consolidação da militarização das estruturas de segurança pública no Brasil, inclusive com o treinamento das polícias militares e civis conforme a ideologia da segurança nacional³⁹⁶. Forma-se, com isso, um sistema repressivo de caráter belicista que, invocando conceitos como o de “segurança nacional” e “inimigo interno”, exerce um poder punitivo ilimitado, sacrificando inúmeros direitos fundamentais.

Por sua vez, no que tange aos movimentos de lei e ordem, considerados por Carvalho como o terceiro pilar de sustentação ideológica da estrutura repressiva de combate às drogas no Brasil, trata-se de campanhas de índole conservadora, originadas nos Estados Unidos na década de 60 que buscam, por meio da difusão de pânicos morais, orientar a produção de leis penais no sentido de intensificar a repressão, a partir da crença no direito penal como único instrumento eficaz de combate à crescente criminalidade³⁹⁷.

Desta forma, instrumentalizados pelos meios de comunicação de massa, tais movimentos transmitem ao senso comum uma ideia de perigo constante e iminente, produzindo consenso sobre o crime, a criminalidade e a necessidade de ampliar o sistema punitivo, flexibilizar as garantias e impor penas severas como forma de conter a atuação dos criminosos³⁹⁸.

De acordo com Vera Malaguti Batista, no Brasil, os primeiros movimentos de lei e ordem que identificavam as drogas como inimigo interno surgiram no início dos anos 70 e possibilitaram a elaboração de um discurso político que as considerava uma ameaça à ordem, havendo inclusive documentação oficial pesquisada pela autora que tratava a disseminação do uso de drogas entre a juventude como

³⁹⁴ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue, p. 138.

³⁹⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 93-94.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 96-97.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 97-98.

³⁹⁸ *Idem*.

estratégia subversiva dos comunistas para destruir as bases morais dos países ocidentais³⁹⁹, difundindo-se, com isso, o pânico moral em torno do assunto.

Aliás, segundo Nilo Batista, tal conexão entre o uso de drogas e o comunismo chegou a ser incorporada por doutrinadores jurídico-penais da época, que defendiam a utilização de métodos militares para lidar com a questão das drogas, resultando dessa aproximação entre os elementos bélico e religioso-moral, nas palavras do autor, a “metáfora da guerra santa, da cruzada, que tem a vantagem – extremamente funcional para as agências policiais – de exprimir uma guerra sem restrições, sem padrões regulativos, na qual os fins justificam todos os meios”⁴⁰⁰.

Portanto, de acordo com Carvalho, a partir da integração entre os discursos autoritários decorrentes da ideologia da defesa social, da ideologia da segurança nacional e dos movimentos de lei e ordem, bem como da adesão ao sistema internacional de controle, é que se consolidou a política criminal proibicionista brasileira de combate às drogas⁴⁰¹, que veio a se tornar ainda mais repressiva nos anos seguintes ao regime militar.

Com o processo de transição da ditadura para a democracia, embora houvesse crescentes expectativas no sentido de uma substancial alteração nos rumos tomados pela política criminal de drogas nos anos anteriores, ocorreu na realidade, ainda segundo Carvalho, um recrudescimento dessa base ideológica autoritária, substituindo-se a ideologia da segurança nacional por uma perspectiva político-criminal repressivista que, congregada às demais ideologias, contribui para sustentar, na atualidade, o discurso do direito penal do inimigo⁴⁰², ainda que se opte pela utilização de termos politicamente corretos para designar os destinatários dessa política criminal de guerra.

Enquanto nos anos 60 e 70 as demandas por uma atuação eficientista do sistema penal eram articuladas principalmente pelos movimentos de lei e ordem, nas décadas posteriores elas sofrem o reforço de outros discursos criminalizadores, tais como as políticas de tolerância zero e as propostas político-criminais defendidas pela esquerda punitiva (inclusive por movimentos sociais e partidos políticos que anteriormente buscavam reduzir a atuação do sistema penal diante do

³⁹⁹ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 84-85.

⁴⁰⁰ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue, p. 140.

⁴⁰¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 101-102.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 84.

desmascaramento de suas funções ocultas), o que gerou a potencialização do discurso repressivo⁴⁰³. Com efeito, conforme explica Carvalho, referindo-se especificamente às drogas:

Se nas décadas de 60 e 70 havia preocupação das esquerdas com a efetividade do discurso descriminalizador, notoriamente em decorrência de o uso de entorpecentes estar vinculado à contracultura e aos movimentos de vanguarda e de contestação, após a (re)democratização há o apoio formal e explícito às normas de combate às drogas – v.g. Lei dos Crimes Hediondos, Lei do Crime Organizado, Lei do Regime Disciplinar Diferenciado, Lei de Entorpecentes entre outras legislações correlatas.⁴⁰⁴

Dessa forma, com base em discursos autoritários que demandam um crescente recrudescimento da repressão às substâncias psicoativas ilícitas, inclusive desrespeitando direitos e garantias fundamentais caso necessário, legitima-se a edição de inúmeros dispositivos constitucionais e legais, atualmente em vigor, que conferem ao traficante de drogas um tratamento penal e processual penal de inimigo da sociedade, conforme será analisado no capítulo seguinte.

Tal aprofundamento do rigor penal relativo ao tratamento do crime de tráfico de drogas no Brasil, ocorrido após a redemocratização política, comparável apenas, segundo Batista, ao modelo de repressão aos delitos contra a segurança nacional durante o regime militar⁴⁰⁵, realiza-se num contexto político internacional diverso. Com o final da guerra fria, o vazio deixado pela ameaça comunista passa a ser ocupado por outros inimigos, dentre os quais se destaca o tráfico ilícito de drogas, não mais visto simplesmente como um inimigo interno ou externo, mas considerado agora um inimigo global, a ser eliminado mediante o esforço conjunto das nações, conforme estabelecido pelas disposições da Convenção de Viena, aprovada pelo Congresso brasileiro em 1991.

Diante desse quadro, o pânico moral criado em torno da questão das drogas, consideradas na atual conjuntura um problema de segurança mundial, as demandas moralistas de grupos sociais pelo aumento da repressão, a profunda ampliação dos mercados internacionais ilícitos, a inegável violência inerente ao comércio ilegal, decorrente em grande parte à existência do sistema proibicionista e intensificada pelo recrudescimento da repressão, a associação do tráfico à criminalidade

⁴⁰³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 177-182.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 182.

⁴⁰⁵ BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*, p. 142.

organizada internacional, a alta lucratividade resultante dos negócios ilegais e a interação de suas vultosas operações econômicas com o mercado lícito (embora o sistema penal atue seletivamente, geralmente concentrando sua atuação sobre os “acionistas do nada”⁴⁰⁶, conforme será analisado posteriormente), além de outros possíveis fatores, permitiram justificar no discurso oficial, com o constante auxílio da mídia, a eleição do traficante de drogas como o grande inimigo – senão o principal – a ser combatido após a queda do muro de Berlim, renovando e aprofundando a política repressivista existente.

Embora as funções declaradas da política criminal de drogas, relativas à proteção da saúde, economia e segurança pública, estejam consagradas no senso comum, deve-se ressaltar que a demonização do tráfico de drogas mostrou-se extremamente funcional para o governo de vários países em outros aspectos. Conforme explica Batista, as drogas se tornaram um eixo central que permite, associando critérios de ordem religiosa, moral, política, econômica, étnica, etc., geralmente encobertos pelo discurso oficial, identificar inimigos⁴⁰⁷ e combatê-los com severidade, possibilitando com isso o alcance de outros objetivos.

Nesse sentido, pode-se citar, a título exemplificativo, a importância da guerra às drogas para a manutenção da lucratividade da indústria bélica de determinados países, especialmente após o fim da guerra fria, para o exercício de pressões sobre a ordem econômica de outros Estados e para a efetivação de um controle social penal máximo sobre as classes marginalizadas⁴⁰⁸.

De acordo com Vera Malaguti Batista, no Brasil, no período de transição democrática pós-ditadura militar, o “inimigo interno”, antes identificado com o terrorista ou dissidente político, passa a ser o traficante de drogas jovem, pobre, habitante das favelas e geralmente negro, tendo todo o sistema de controle social, inclusive o midiático, concorrido para a elaboração do novo estereótipo do inimigo⁴⁰⁹, o que permitiu, indubitavelmente, um aumento do controle governamental sobre setores populacionais socialmente excluídos.

⁴⁰⁶ A expressão, retomada por Zaccone, é de Nils Christie, que a utiliza para se referir aos indivíduos que nada possuem e, dessa forma, também não têm nada a perder. Segundo este autor: “são acionistas do nada, não têm nem propriedades, talvez nem uma rede social e, assim, não têm sequer honra” (CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: A caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 56).

⁴⁰⁷ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue, p. 143.

⁴⁰⁸ *Idem*; ARGUELLO, Katie. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal, p. 3592-3596; CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 116.

⁴⁰⁹ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**, p. 40.

De toda forma, insta salientar, na esteira das lições de Carvalho, que as agências penais latino-americanas constantemente se utilizaram de discursos de emergência para justificar a política de guerra às drogas⁴¹⁰ e o emprego de práticas punitivas extremamente rigorosas e violadoras de direitos fundamentais.

Note-se que o recurso ao vocábulo bélico não constitui simplesmente um elemento retórico, mas serve para caracterizar uma política criminal que, em nome de um programa criminalizador ineficaz em relação às suas funções declaradas, admite a redução ou mesmo a supressão de direitos fundamentais (até mesmo a vida, não apenas dos traficantes, mas de todos os envolvidos no conflito), configurando assim, na expressão de Batista, uma “política criminal com derramamento de sangue”⁴¹¹.

Nesse contexto, o discurso do direito penal do inimigo, atualmente bastante em voga, adquire extrema relevância na medida em que facilita a assimilação com naturalidade, pela população em geral, do sacrifício de direitos e garantias individuais quando estes integram o patrimônio jurídico de indivíduos identificados como inimigos, como “não pessoas” a serem neutralizadas⁴¹², como é o caso dos traficantes de drogas.

Aliada à lógica maniqueísta da ideologia da defesa social que ainda se mostra presente na atualidade e ao incremento da punitividade demandado pelos mais diversos grupos sociais, a doutrina do direito penal do inimigo, que conforma atualmente a base ideológica de sustentação da política criminal de combate às drogas a nível mundial, ainda que não adotada explicitamente⁴¹³, legitima a aplicação de tratamentos penais e processuais penais diferenciados, com garantias reduzidas ou suprimidas, aos traficantes, bem como a militarização da segurança pública, que envolve inúmeros riscos à democracia e aos direitos fundamentais⁴¹⁴. Com isso, potencializam-se os efeitos nefastos dessa guerra que parece não ter fim.

⁴¹⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 153.

⁴¹¹ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue, p. 146.

⁴¹² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 154.

⁴¹³ Conforme visto no capítulo precedente, ainda que o direito penal do inimigo seja formalmente criticado e rejeitado com vigor, ele acaba integrando a política criminal de diversos países, manifestando-se nos ordenamentos jurídicos positivos.

⁴¹⁴ ARGUELLO, Katie. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal, p. 3594.

4 O TRATAMENTO JURÍDICO DO TRAFICANTE DE DROGAS NO BRASIL COMO EXPRESSÃO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO

A construção histórico-social dos discursos identificadores do traficante de drogas no Brasil como inimigo da sociedade, sustentada por uma base ideológica repressivista defendida pelas mais diversas agências do sistema penal⁴¹⁵ – muitas vezes em razão de objetivos não expressamente declarados – legitimou, conforme visto, a habilitação do poder punitivo no sentido de conferir a tais indivíduos um tratamento jurídico de direito penal do inimigo.

Com efeito, como se buscará demonstrar ao longo deste capítulo, os sujeitos imputados pela prática do crime de tráfico de drogas no Brasil se encontram submetidos a um tratamento jurídico (penal, processual penal e penitenciário) extremamente rigoroso, caracterizado pela antecipação da punição, cominação de penas bastante elevadas e redução ou supressão de garantias materiais e processuais, aplicado de forma seletiva e com objetivo de neutralização, o qual, aliado à gestão militarizada da segurança pública, conforma a política beligerante de repressão às drogas atualmente em vigor no Brasil.

4.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL CORRELATA ÀS DROGAS

⁴¹⁵ Utiliza-se o termo agências do sistema penal no sentido amplo empregado por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, incluindo tanto aquelas que efetivamente exercem a criminalização primária e secundária quanto as que convergem para a sua operacionalização. Nesse contexto, afirmam os autores: “na análise de cada sistema penal devem ser consideradas as seguintes agências: a) as políticas (parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos); b) as judiciais (que incluem juízes, ministério público, serventuários, auxiliares, advogados, defensoria pública, organizações profissionais); c) as policiais (que abarcam a polícia de segurança, judiciária ou de investigação, alfandegária, fiscal, de investigação particular, de informes privados, de inteligência do estado e, em geral, toda agência pública ou privada que cumpra funções de vigilância); as penitenciárias (pessoal das prisões e da execução ou da vigilância punitiva em liberdade); as de comunicação social (radiofonia, televisão, imprensa escrita); f) as de reprodução ideológica (universidades, academias, institutos de pesquisa jurídica e criminológica); e g) as internacionais (organismos especializados da ONU, da OEA, cooperação de países centrais, fundações, candidatos a bolsas de estudo e subsídios)”. (*Direito Penal Brasileiro*, p. 60-61).

Conforme mencionado anteriormente, embora se pudesse imaginar que o processo de redemocratização política ocorrido no Brasil, que culminou com a promulgação da Constituição da República em 1988, poderia levar a uma ruptura com a política criminal autoritária dos governos militares, houve na realidade um recrudescimento da repressão às drogas consideradas ilegais, aperfeiçoando-se o modelo bélico vigente no Brasil durante o período de ditadura militar⁴¹⁶.

Explica Carvalho que, ao mesmo tempo em que a Constituição de 1988 estabeleceu limites ao poder repressivo estatal por meio da fixação de princípios e garantias de natureza penal e processual penal, seguindo assim a tradição penal liberal, também projetou um amplo sistema criminalizador através do emprego de normas constitucionais penais de natureza programática, formando assim o que o autor denomina de “Constituição Penal dirigente”⁴¹⁷.

Com efeito, recepcionando os anseios punitivos daqueles que creem no direito penal (e no aumento de seu rigor) como instrumento eficaz para assegurar a proteção da sociedade frente à criminalidade e a resolução dos mais diversos problemas sociais, promulgou-se um núcleo constitucional penal programático idealizador de um Estado penal que, segundo o referido autor, foi integralmente implementado pelo legislador ordinário, inclusive com excessos⁴¹⁸.

E paralelamente à plena realização das normas criminalizadoras programáticas, a difusão de discursos repressivistas tem contribuído para tornar ainda mais frequentes (e inclusive legitimar) violações às normas constitucionais de garantia, de forma que, ainda de acordo com Carvalho, “tem-se, tragicamente, a ineficácia da Constituição garantista em detrimento da plena efetividade da Constituição Penal(izadora)”⁴¹⁹.

Especificamente no que tange ao “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, percebe-se que a Constituição de 1988 conferiu a este crime um tratamento bastante rigoroso e diferenciado, suprimindo garantias e proibindo a concessão de determinados benefícios aos sujeitos investigados, processados e condenados por sua prática, gerando, com isso, direta e indiretamente, importantes reflexos de ordem penal, processual penal e penitenciária.

⁴¹⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 103-104.

⁴¹⁷ CARVALHO, Salo de. Observações Sobre as (Dis)Funções do Controle Penal na Sociedade Contemporânea. In: MENEGAT, Marildo; NERI, Regina. (Orgs). **Criminologia e Subjetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 31-40. p. 32.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 33.

⁴¹⁹ *Idem*.

Neste sentido, a Carta Constitucional determinou ao legislador ordinário, no artigo 5º, inciso XLIII, que considerasse o tráfico ilícito de substâncias psicoativas como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, equiparando-o, juntamente com a prática de tortura e o terrorismo, à categoria dos crimes hediondos (inserindo-se nesta classificação determinados crimes previstos posteriormente como tais pelo legislador).

Trata-se, segundo Franco, Lira e Felix, de uma norma constitucional de criminalização que além de indicar determinados bens jurídicos a serem obrigatoriamente protegidos penalmente na legislação ordinária, acrescentou expressas restrições de natureza penal e processual penal a serem necessariamente levadas em consideração no processo criminalizador, formando assim um microssistema fechado e autônomo, decorrente diretamente da Constituição, paralelo ao sistema penal elaborado pelo legislador⁴²⁰.

Tais limitações constitucionais, que impossibilitam a concessão de graça ou anistia, bem como da medida cautelar de fiança, demonstram a maior severidade com que devem ser tratados, seguindo o comando constitucional, os autores dos crimes relacionados no referido dispositivo, dentre os quais se enquadra o tráfico de drogas⁴²¹.

Note-se, aliás, conforme será visto adiante, que o legislador penal, tanto na elaboração da Lei n.º 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) quanto da Lei n.º 11.343/06 (Lei de Drogas), excedeu a determinação constitucional, criando outras restrições penais, processuais penais e penitenciárias⁴²² aos sujeitos criminalizados por tráfico de drogas, de forma a tornar inequívoca sua identificação como inimigos da sociedade não apenas em termos discursivos, mas consubstanciada na própria ordem jurídica positiva, deixando transparecer, com isso, a configuração de um verdadeiro direito penal do inimigo a que tais indivíduos se encontram submetidos no Brasil.

Ainda em relação ao tratamento constitucional do crime de tráfico, não se pode deixar de mencionar a previsão do artigo 5º, inciso LI, relacionado à extradição. Tal dispositivo legal proíbe a extradição de brasileiros, mas abre exceção para o caso de brasileiros naturalizados que tenham cometido crime comum

⁴²⁰ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 134-135.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 136.

⁴²² *Idem*.

anteriormente à naturalização ou que tenham comprovadamente se envolvido com o tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, seja antes ou depois da naturalização. A referida exceção, específica para a participação em crime de tráfico, torna evidente a gravidade atribuída à prática deste delito no Brasil, a ponto de tornar possível a extradição de brasileiro naturalizado mesmo quando praticado o crime após a naturalização.

Além disso, a Constituição de 1988 determinou no artigo 243, *caput* e parágrafo único, a imediata expropriação de glebas ilicitamente cultivadas com plantas psicotrópicas, bem como o confisco dos bens apreendidos em razão do tráfico ilícito, para que sejam utilizados em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de dependentes e no aparelhamento e financiamento de ações de fiscalização, controle, prevenção e repressão ao comércio ilegal de drogas.

A partir desse delineamento constitucional e da edição de diversos diplomas legais que, direta ou indiretamente, geram importantes reflexos no combate às drogas ilícitas, formou-se um sistema de repressão ao tráfico ilegal que aprimorou o modelo anteriormente vigente, reforçando a política criminal beligerante. Na esteira do que afirma Carvalho, a utilização de termos bélicos como “guerra contra a criminalidade e as drogas”, “combate”, “eliminação” nos próprios dispositivos legais projeta uma dinâmica de guerra que não se manifesta apenas na gestão da segurança pública, mas que se incorpora na prática cotidiana dos agentes de criminalização secundária, conformando uma cultura bastante punitivista em matéria de drogas⁴²³.

Diante desse quadro, mostra-se relevante analisar, ainda que brevemente, algumas leis penais e processuais penais que repercutem (ou repercutiram) no combate ao tráfico ilícito, com o intuito de demonstrar como o tratamento jurídico destinado aos traficantes de drogas no Brasil apresenta inequívocas características de direito penal do inimigo. Com isso, torna-se possível indicar as trágicas consequências sociais dessa política criminal de guerra às drogas levada a cabo no Brasil, bem como abrir espaço para a reflexão acerca de possíveis alternativas na forma de lidar com as drogas, buscando reduzir os danos da política proibicionista.

⁴²³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 105-106.

4.1.1 A Lei n.º 8.072/90: Lei dos Crimes Hediondos

O fundamento constitucional para a elaboração da Lei dos Crimes Hediondos se encontra no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal que, como mencionado anteriormente, determinou que certos crimes, considerados de particular gravidade, fossem tratados com maior rigor pelo legislador ordinário.

Tal comando constitucional criminalizador deve ter sua origem compreendida, como explicam Franco, Lira e Felix, no contexto político-criminal dos movimentos de lei e ordem, que defendiam durante o processo constituinte, numa lógica de luta contra a criminalidade, o recrudescimento da repressão penal - com a criação de novos tipos penais, elevação das penas e redução de garantias - como meio adequado de combater os criminosos, tidos como “seres daninhos” ao convívio social⁴²⁴.

Ainda de acordo com os autores citados, a previsão constitucional da categoria dos “crimes hediondos”, como expressão indicativa de crimes extremamente graves a serem regulados pela legislação ordinária, refletia a resposta estatal ao fenômeno social da criminalidade violenta⁴²⁵, visando solucioná-la, nos termos do discurso oficial, por meio do estabelecimento de um tratamento penal mais severo⁴²⁶.

Diante desse quadro, aliado à ampla repercussão midiática e comoção social geradas pelo cometimento de crimes de extorsão mediante sequestro de personalidades da elite econômica e social do país, como os empresários Abílio Diniz e Roberto Medina, o que causou um aumento significativo das demandas por maior rigor no combate à criminalidade violenta⁴²⁷, rapidamente aprovou-se a Lei n.º 8.072/90, que ficou conhecida como Lei dos Crimes Hediondos.

⁴²⁴ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**, p. 149.

⁴²⁵ Destacam Franco, Lira e Felix que, no discurso baseado em políticas criminais autoritárias (como os movimentos de lei e ordem), os termos “violência” e “criminalidade” são muitas vezes tratados indevidamente como expressões sinônimas, o que, além de ocultar a violência inerente a outros problemas sociais, contribui para difundir o medo e a insegurança e, consequentemente, incrementar as demandas pela intervenção do sistema penal. (*Ibidem*, p. 145, 158).

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 158. Ressalte-se que a edição de diplomas legais bastante repressivos, como é o caso da Lei dos Crimes Hediondos, ainda que de eficácia duvidosa quanto à efetiva proteção de bens jurídicos – justificativa sempre invocada nos discursos legitimadores de sua aprovação – permite tranquilizar a população na medida em que demonstra o esforço governamental na luta contra o crime, exercendo assim uma função simbólica.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 159, 166.

Tal lei instituiu, em seu artigo 2º, além da proibição constitucionalmente imposta de concessão de fiança, graça e anistia, outras restrições penais, processuais penais e de execução penal aos acusados e condenados pelos crimes identificados como hediondos (segundo o rol por ela própria estabelecido) e pelos delitos equiparados aos hediondos pela norma constitucional (terrorismo, tortura e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins).

Assim, a Lei n.º 8.072/90, em sua redação atual (já modificada por diversas leis), vedou também o indulto, estabeleceu o regime inicial fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade, determinou prazos diferenciados para a progressão de regime e para a obtenção de livramento condicional, além de ampliar os prazos da prisão temporária.

Note-se que, originalmente, a Lei dos Crimes Hediondos era ainda mais rigorosa, deixando explícito o objetivo de neutralização dos autores de crimes aos quais se destinava, pois proibia de forma absoluta a concessão de liberdade provisória (o que foi excluído pela Lei n.º 11.464/2007) e determinava que os condenados por crimes hediondos ou equiparados deveriam cumprir a pena privativa de liberdade aplicada integralmente em regime fechado, o que foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 82.959-7/SP em 2006, por violar a garantia fundamental da individualização da pena⁴²⁸.

Tal declaração de inconstitucionalidade, à qual o Supremo Tribunal Federal atribuiu eficácia *ex nunc*, com o aparente intuito de possibilitar a extensão dos efeitos da decisão – ainda que proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade – a outros casos cujas penas ainda não haviam sido extintas⁴²⁹ foi acompanhada, segundo Franco, Lira e Felix, de uma forte oposição dos meios de comunicação em massa, que criticaram o “abrandamento” da postura da Corte Suprema em relação ao tratamento jurídico dos autores de crimes hediondos e assemelhados⁴³⁰.

Nesse contexto, como reação imediata às campanhas em favor do recrudescimento da legislação penal, impulsionadas pela trágica morte do menino

⁴²⁸ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**, p. 368.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 369-371.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 369-372.

João Hélio⁴³¹, amplamente divulgada pela mídia, sobreveio a Lei n.º 11.464/2007, que modificou a redação do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90. A nova lei determinou a obrigatoriedade do cumprimento da pena por crimes hediondos e equiparados em regime inicialmente (e não mais integralmente) fechado e estabeleceu prazos diferenciados para a progressão de regime: enquanto os condenados por crime comum podem progredir ao cumprirem 1/6 da pena, se preenchidos os demais requisitos do instituto, no caso de sentenciados por crimes hediondos e assemelhados, os prazos são de 2/5 de cumprimento da pena para réus primários e 3/5 quando se tratar de reincidentes.

Ressalte-se, contudo, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal já declarou incidentalmente por maioria de votos, em junho de 2012, no julgamento do Habeas Corpus 111.840/ES, em que foi relator o Ministro Dias Toffoli, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/2007, que impunha a obrigatoriedade de fixação do regime inicialmente fechado apenas em razão da natureza dos crimes em questão, sob o fundamento de que tal dispositivo legal também viola a garantia constitucional da individualização da pena⁴³².

Embora a decisão tenha sido proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, não possuindo assim efeitos vinculantes *erga omnes*, já serviu de precedente para julgamentos posteriores, como no caso do Habeas Corpus 114.074/SC, decidido em maio de 2013, de relatoria da Ministra Rosa Weber⁴³³, em que esta, com propriedade, afirmou em seu voto:

⁴³¹ Como lembram Franco, Lira e Felix, “enquanto o projeto (de lei que estabelecia prazos diferenciados para a progressão de regime dos condenados por crimes hediondos ou assemelhados) estava em tramitação, ocorreu, no Rio de Janeiro, fato criminoso de extrema gravidade: a morte em condições trágicas do menor João Hélio, que foi arrastado, atado ao cinto de segurança, por assaltantes do veículo onde se encontrava com seus pais. (...) A mídia decidiu assumir, de pronto, o caso João Hélio e deu curso a uma campanha que impactou a opinião pública e as forças políticas. (...) Em ambas as casas do Congresso Nacional, formaram-se pautas sobre a questão da segurança: projetos de lei que há longo tempo transitavam pelo Legislativo foram desenterrados e várias propostas, as mais díspares, as mais irreais, as mais conflitantes e demagógicas, passaram a ser discutidas. E tudo em regime de urgência”. (FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**, p. 372).

⁴³² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. O IBCCRIM e a inconstitucionalidade da proibição de progressão nos crimes hediondos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, Edição Especial, p. 6-7, ago. 2012.

⁴³³ Neste caso, decidiu-se pela concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício para determinar ao Juízo da execução que verificasse a possibilidade de imposição de outro regime de cumprimento de pena que não o fechado, assim fixado unicamente em razão da vedação legal constante no § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90. (STF, HC 114.074/SC, rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 07/05/2013).

Com o precedente, não se pretendeu ignorar o caráter danoso do tráfico de drogas na sociedade moderna, a reclamar, em geral, tratamento jurídico rigoroso, mas apenas permitir excepcionalmente a fixação de regime prisional mais brando quando viável, em especial se destinado a micro traficantes ou a traficantes ocasionais, e desde que não integrantes de grupos criminosos. O julgado não reconheceu direito automático à imposição de regime inicial menos gravoso. A questão há de ser apreciada à luz do preenchimento, ou não, dos requisitos legais gerais do art. 33 do Código Penal.⁴³⁴

Percebe-se, desta forma, que a própria Corte Suprema tem reconhecido que embora o legislador possa estabelecer tratamentos jurídicos mais gravosos aos autores de determinados crimes, tendo em vista a relevância do bem jurídico tutelado ou a gravidade da ofensa, isso não significa que possa determinar a aplicação de um direito penal do inimigo, violador de inúmeros direitos e garantias constitucionalmente assegurados, como o princípio da individualização da pena, desrespeitado, segundo o próprio Supremo Tribunal Federal, pela imposição compulsória do regime de cumprimento de pena (inicialmente ou integralmente) fechado aos sujeitos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados, como o tráfico ilícito de drogas.

De toda forma, além da imposição de fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena e do estabelecimento de prazos diferenciados para a progressão de regime, a Lei n.º 8.072/90, conforme já referido, ainda restringiu outros direitos e garantias dos indivíduos investigados, processados e condenados pelos crimes nela previstos e assemelhados.

Nesse sentido, ultrapassando o comando constitucional que veda a concessão da graça e da anistia em relação aos crimes hediondos e equiparados, a Lei dos Crimes Hediondos proibiu também o indulto, incorrendo com isso, segundo alguns estudiosos, em flagrante inconstitucionalidade. Isso porque amplia, em detrimento dos réus, a restrição de direitos estabelecida constitucionalmente, além de restringir o poder discricionário do Presidente da República em conceder indulto, previsto na Constituição, através de legislação infraconstitucional⁴³⁵.

Ademais, a Lei n.º 8.072/90 ampliou em larga – ou exagerada – medida, no artigo 2º, § 4º, o prazo para a prisão temporária nas hipóteses de crimes hediondos,

⁴³⁴ STF, HC 114.074/SC, rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 07/05/2013.

⁴³⁵ Para um aprofundamento da discussão, com o posicionamento de diversos autores, v. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**, p. 290-292.

tortura, tráfico ilícito de drogas e terrorismo, fixando-o em 30 dias, prorrogável por igual período em situação de extrema e comprovada necessidade. Conforme sustentam Franco, Lira e Felix, o aumento em seis vezes do prazo indicado na lei relativa à prisão temporária – Lei n.º 7.960/89, nesta fixado em 5 dias, prorrogável pelo mesmo período – não possui justificativa razoável⁴³⁶, tendo possivelmente como principal intuito a tranquilização da população mediante o afastamento social e a neutralização (por um período de tempo maior) dos sujeitos suspeitos da prática dos crimes em questão.

Com efeito, ao possibilitar a manutenção da prisão temporária pelo extenso prazo de sessenta dias, o legislador parece ter se afastado da função declarada deste instituto, a ser aplicado quando (e enquanto) imprescindível para a investigação criminal⁴³⁷, para transformá-lo numa espécie de antecipação de pena⁴³⁸, violando princípios essenciais do Estado Democrático de Direito, como a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana⁴³⁹.

No que tange aos requisitos para a obtenção de livramento condicional, o artigo 5º da Lei n.º 8.072/90 modificou o artigo 83 do Código Penal, acrescentando outras condições legais para o reconhecimento deste direito⁴⁴⁰ em relação aos condenados por crimes hediondos e equiparados. Nesse sentido, determinou que os sentenciados por tais delitos só podem fazer jus ao livramento condicional após o cumprimento de mais de dois terços da pena, desde que não sejam reincidentes específicos em crimes dessa natureza - além de cumprirem os demais requisitos

⁴³⁶ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**, p. 631-632.

⁴³⁷ De acordo com Lopes Jr., a prisão temporária só pode ser decretada em relação aos indivíduos suspeitos de serem autores ou partícipes dos crimes expressamente previstos no artigo 1º, inciso III da Lei n.º 7.960/89 (dentre os quais se enquadra o tráfico ilícito de drogas – alínea “n”), quando se mostrar imprescindível para a investigação criminal (inciso I). Para o autor, o inciso II do artigo 1º (“quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”) é absorvido pela noção de imprescindibilidade do inciso I. (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 890-891).

⁴³⁸ LEAL, João José. **Crimes Hediondos: Aspectos Político-jurídicos da Lei n.º 8.072/90**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 133.

⁴³⁹ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**, p. 632. Também nesse sentido, afirma Leal: “Manter alguém na prisão por 60 dias, mesmo com base em despacho judicial, para permitir que a autoridade policial possa desenvolver sua atividade investigatória e concluir o inquérito, é medida de constrangimento da liberdade individual inadmissível perante os princípios que fundamentam o Direito Penal contemporâneo, emergente de um Estado verdadeiramente democrático” (**Crimes Hediondos**, p. 133).

⁴⁴⁰ Segundo Zaffaroni e Pierangeli, embora haja discussão doutrinária acerca da natureza jurídica do livramento condicional, se consistiria numa faculdade concedida pelo juízo ou num direito do condenado, para os autores, trata-se de um direito do apenado, que pode exigí-lo desde que atendidos os requisitos legais. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p. 715).

legais, válidos para condenados por quaisquer crimes, tais como comportamento satisfatório durante a execução da pena, reparação do dano, etc.

No que diz respeito aos apenados por outros crimes, o lapso temporal de pena a ser cumprida para a concessão do livramento condicional, segundo os demais incisos do Código Penal, é de mais de um terço no caso de condenado não reincidente em crime doloso e com bons antecedentes, ou mais da metade na hipótese de reincidente em crime doloso.

Portanto, além de fixar um prazo maior para que os condenados por crimes hediondos e equiparados possam usufruir desta modalidade de cumprimento de pena, considerada a etapa final do regime progressivo de execução penal⁴⁴¹, a Lei dos Crimes Hediondos ainda estabeleceu, em relação aos autores destes crimes e assemelhados, a impossibilidade de obterem o livramento condicional quando reincidentes específicos em crimes dessa natureza⁴⁴².

Finalmente, outra modificação importante trazida pela Lei n.º 8.072/90, em seu artigo 8º, relaciona-se à elevação dos patamares mínimo e máximo da sanção penal cominada para o crime previsto no artigo 288 do Código Penal (crime de quadrilha ou bando, que previa pena de reclusão de 1 a 3 anos, e que teve sua redação recentemente alterada pela Lei n.º 12.850/2013, a qual modificou-lhe a rubrica para “associação criminosa” e a definição típica, mantendo a pena cominada), quando a associação tivesse como finalidade a prática de crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de drogas ou terrorismo.

Para estas situações, a Lei dos Crimes Hediondos estabeleceu um aumento substancial da sanção punitiva, que passou a variar entre o mínimo de 3 e o máximo de 6 anos de reclusão, além de prever, no parágrafo único do artigo 8º, a possibilidade de reduzir a sanção penal de 1 a 2/3 para o coautor ou partícipe que denunciasse a associação às autoridades, permitindo com isso seu desmantelamento⁴⁴³.

⁴⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p. 714-715.

⁴⁴² Diante da inexistência de um conceito legal de reincidência específica, há posições divergentes na doutrina quanto ao real significado dessa expressão e, conseqüentemente, quanto aos sujeitos alcançados pela vedação legal. Para maior aprofundamento nessa questão, que excede os limites desse trabalho, v. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**, p. 324-327.

⁴⁴³ Franco, Lira e Felix ressaltam que, com a Lei n.º 9.807/99, houve um extenso alargamento do âmbito de incidência do instituto da delação premiada, que pode tanto ensejar a extinção da punibilidade (por meio do perdão judicial) quanto a redução da pena. (*Ibidem*, p. 569).

Com isso, conforme explicam Franco, Lira e Felix, a referida legislação acabou criando uma segunda modalidade do crime de quadrilha ou bando (atualmente associação criminosa), correspondente a um tipo penal híbrido que teria parte de seu preceito primário descrito no Código Penal e parte na Lei n.º 8.072/90, enquanto o preceito sancionatório estaria previsto exclusivamente nesta⁴⁴⁴.

Especificamente em relação à associação de pessoas voltadas ao cometimento do crime de tráfico ilícito de drogas (ou de financiamento ou custeio de tal infração penal), deve-se destacar que o artigo 35 da Lei n.º 11.343/06 estabeleceu um tipo penal especial – dotado de uma carga punitiva ainda mais rigorosa - prevalecente, portanto, em relação à tipificação do Código Penal e da Lei n.º 8.072/90⁴⁴⁵. Tal dispositivo legal prevê pena de reclusão de 3 a 10 anos, além do pagamento de multa de 700 a 1.200 dias-multa, para aqueles que se associarem (mínimo de duas pessoas) com a finalidade de cometer reiteradamente ou não quaisquer dos delitos previstos nos artigos 33, *caput* e §º 1, e 34, ou para a prática reiterada do crime do artigo 36, todos da Lei de Drogas.

Verifica-se, diante de todas as restrições penais, processuais penais e de execução penal criadas pela Lei de Crimes Hediondos, que o legislador penal, incentivado pelos discursos autoritários dos movimentos de lei e ordem e especialmente pela pressão midiática decorrente da ampla divulgação e repercussão em nível nacional da ocorrência de determinados crimes violentos, estabeleceu um tratamento penal de reduzidos (em certos casos suprimidos) direitos e garantias aos autores de crimes hediondos e equiparados, o que ocasionou um substancial incremento das taxas de encarceramento no Brasil.

Com efeito, o rigor penal consubstanciado na Lei n.º 8.072/90 foi tão intenso que acabou por desencadear diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da constitucionalidade de seus dispositivos legais, sendo alguns deles inclusive declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, conforme visto acima, por afrontarem princípios fundamentais assegurados constitucionalmente.

⁴⁴⁴ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**, p. 566-567.

⁴⁴⁵ Destaque-se que a Lei n.º 6.368/76 já disciplinava, no artigo 14, em redação bastante similar à da atual Lei de Drogas, a criminalização da associação com a finalidade de praticar quaisquer dos crimes de tráfico ilícito de drogas, o que gerou debates doutrinários e jurisprudenciais acerca de sua revogação ou não pela Lei de Crimes Hediondos. De todo modo, a questão foi completamente resolvida com a posterior edição da Lei n.º 11.343/06, cuja previsão específica, no artigo 35, prevalece sobre as decorrentes dos demais diplomas legais. Para uma análise mais detalhada da discussão, v. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**, p. 571-581.

De toda forma, além de instrumentalizar a violação de garantias penais e processuais penais, o recrudescimento do poder punitivo levado a cabo com a Lei dos Crimes Hediondos mostrou-se ineficaz para a redução das taxas de criminalidade no que diz respeito aos delitos nela catalogados e equiparados⁴⁴⁶, produzindo assim, em relação aos seus objetivos declarados, efeitos meramente simbólicos.

4.1.2 O combate ao crime organizado: as Leis n.º 9.034/95 e 12.850/2013

A Lei n.º 9.034/95, criada para disciplinar a utilização de meios de prova e procedimentos investigatórios voltados a prevenir e reprimir a prática de infrações penais por organizações criminosas, tendo sido recentemente revogada pela Lei n.º 12.850/2013, teve seu discurso especialmente vinculado, segundo Carvalho, ao tráfico ilegal de drogas e de armas, principalmente em razão do discurso econômico-transnacional prevalecente na década de 90 e das particularidades da criminalidade nacional⁴⁴⁷.

Com efeito, embora muito se tenha discutido a respeito da efetiva existência e identificação do fenômeno da criminalidade organizada no Brasil, ainda mais em se considerando que a Lei n.º 9.034/95 não estabeleceu quaisquer parâmetros para a conceituação de “crime organizado” ou “organização criminosa”, tendo ficado a cargo da doutrina a tarefa de indicar critérios de definição (atualmente, a Lei n.º 12.850/2013 conceitua “organização criminosa”⁴⁴⁸), o tráfico de drogas foi apontado,

⁴⁴⁶ Por meio da análise de dados estatísticos referentes à Região Metropolitana da Grande São Paulo, Franco, Lira e Felix chegaram à conclusão de que “(...) se a Lei de Crimes Hediondos representou uma perfeita inutilidade, no que tange a alguns crimes, que tiveram aumentada sua incidência; de outro, denotou, em relação aos mais representativos crimes etiquetados como hediondos, uma absoluta desnecessidade na medida exata em que não serviu para interferir na demarcada linha de estabilidade (...). Os índices crescem, se estabilizam ou se reduzem com total indiferença em relação ao maior poder punitivo atribuído à legislação penal, que só serve, em verdade, para atender ao efeito puramente simbólico, sem nenhuma repercussão no campo da eficácia”. (FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**, p. 819).

⁴⁴⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 130.

⁴⁴⁸ Segundo os parágrafos do artigo 1º da Lei n.º 12.850/2013, “§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. § 2º Esta Lei se aplica também: I – às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; II – às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional”.

nomeadamente no contexto de edição da primeira lei e especialmente com a contribuição dos meios de comunicação de massa, como uma das principais atividades do crime organizado no país⁴⁴⁹.

No entendimento de Hassemer, o âmbito das drogas envolve tanto a criminalidade organizada, como aquela relacionada ao comércio internacional de substâncias psicoativas ilícitas, quanto a criminalidade de massas, representada pelo pequeno tráfico e pelos delitos praticados por dependentes para a manutenção do vício⁴⁵⁰.

De todo modo, ainda que a noção de criminalidade organizada - mesmo com a definição legal de organizações criminosas - ainda reste bastante difusa, já que não se conhece como ela realmente se desenvolve, quais são suas estruturas e perspectivas, até mesmo pela dificuldade de identificação empírica do fenômeno⁴⁵¹, o combate ao crime organizado é constantemente invocado para legitimar a supressão de direitos fundamentais e garantias tradicionais do direito e processo penal dos Estados Democráticos de Direito⁴⁵².

Nesse sentido, afirma Cirino dos Santos que a reação estatal contra a criminalidade organizada consiste usualmente no aumento do rigor penal, criação de novas modalidades de prisão cautelar, previsão da delação premiada e de métodos de investigação invasivos, etc., o que proporciona a geração de efeitos sócio-psicológicos tranquilizadores no imaginário popular. Assim, o Estado atua no plano simbólico, fornecendo à população a ilusão de segurança por meio da institucionalização de mecanismos repressivistas que demonstrariam sua presença como garantidor da lei e da ordem⁴⁵³.

⁴⁴⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 42, ano 11, p. 214-224, jan./mar. 2003. p. 221. Conforme explica o autor, a partir dos trabalhos realizados pela CPI do Narcotráfico de 1991, instaurada para investigar a rede de tráfico de drogas existente na Amazônia, o poder midiático passou a apresentar o Brasil como “o paraíso da lavagem de dinheiro do crime organizado internacional” e o tráfico de drogas como “a principal atividade do crime organizado no Brasil, mercado consumidor e rota de drogas dos países andinos para os Estados Unidos e Europa, em geral adquiridas em troca de carretas e cargas roubadas nas estradas brasileiras e garantidas por assassinatos de esquadrões de extermínio, próprios ou alugados”. Atualmente, com a ampla repercussão midiática de vultosos escândalos de corrupção, como o caso do “Mensalão”, a criminalidade organizada parece vir sendo identificada também, com maior frequência, com grupos organizados para a prática de crimes econômicos e contra a administração pública.

⁴⁵⁰ HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 5, ano 2, p. 55-69, jan./mar. 1994. p. 67.

⁴⁵¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 131.

⁴⁵² HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito, p. 57.

⁴⁵³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Crime organizado, p. 222-223.

Especificamente no Brasil, a Lei n.º 9.034/95 contribuiu, segundo Carvalho, para intensificar o viés autoritário do sistema processual penal brasileiro, fomentando a reestruturação da persecução penal também no que tange à apuração do crime de tráfico de drogas⁴⁵⁴. Interessante mencionar, nesse contexto, que a referida legislação previa até mesmo a possibilidade de que o magistrado, para a obtenção de determinadas provas, realizasse diligências pessoalmente e de forma sigilosa, o que foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁵⁵.

A antiga lei ainda sofria duras críticas por determinar a identificação criminal compulsória, vedar a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, proibir a apelação em liberdade, além de fixar o regime inicialmente fechado de cumprimento de pena, determinações essas que foram revogadas pela Lei n.º 12.850, que entrou em vigor em setembro de 2013.

Além de aperfeiçoar o conceito de organização criminosa (já existente na Lei n.º 12.694/2012), a nova lei criminalizou as condutas de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa, cominando pena de reclusão de 3 a 8 anos e multa, além de prever agravantes e causas de aumento de pena.

No que tange aos meios de obtenção de prova, a Lei n.º 12.850/2013 estabeleceu, no artigo 3º, a possibilidade de aplicação, em qualquer fase da persecução penal, dos seguintes institutos ou medidas: colaboração premiada, captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, ação controlada, acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados, bem como a informações eleitorais ou comerciais, interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas e afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, conforme as leis específicas, infiltração em atividade de investigação por policiais, além da cooperação entre instituições e órgãos públicos na busca de provas e informações para a investigação ou instrução criminal⁴⁵⁶.

Diversos desses mecanismos são bastante criticados por parcela da doutrina, que os considera invasivos, enganosos, eticamente reprováveis e contrários aos fundamentos constitucionais do direito penal e processual penal no Estado de

⁴⁵⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 132.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 132-133, nota 13.

⁴⁵⁶ Embora diversos desses institutos já fossem previstos na Lei n.º 9.034/95, a Lei n.º 12.850/2013 inovou ao apresentar um regramento específico e detalhado em relação à colaboração premiada, à ação controlada e à infiltração de agentes, buscando assegurar direitos dos envolvidos e permitir um maior controle sobre a aplicação de tais medidas.

Direito⁴⁵⁷. Nesse sentido, afirma Karam, por exemplo, que vários desses meios de busca de prova, além de incompatíveis, em seu entendimento, com a garantia do contraditório, violam também o direito a não se autoincriminar vez que dependem da colaboração inconsciente do próprio investigado, afrontando ainda, consequentemente, a garantia do devido processo legal⁴⁵⁸.

De toda forma, o que importa salientar é que a noção de crime organizado, que tem o tráfico de drogas discursivamente identificado, muitas vezes, como uma de suas principais manifestações, contribuiu para o surgimento de legislações penais autoritárias, que preveem a possibilidade de aplicação de institutos lesivos a direitos e garantias essenciais para a proteção do indivíduo em face dos arbítrios do poder punitivo.

4.1.3 A Lei n.º 10.792/2003: o Regime Disciplinar Diferenciado

O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), denominado por Carvalho de “regime integralmente fechado *plus*”⁴⁵⁹, consiste numa modalidade de sanção disciplinar instituída pela Lei n.º 10.792/2003, que generalizou, mediante alteração na Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84), medidas similares que já vinham sendo tomadas no âmbito das administrações penitenciárias dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, como forma de tentar assegurar a disciplina e a ordem do sistema prisional diante das grandes rebeliões carcerárias ocorridas nesses estados⁴⁶⁰.

Assim, buscando reafirmar o controle estatal sobre os estabelecimentos prisionais, e tendo em vista o amplo apoio do poder midiático, que contribuiu para difundir a ideia, no senso comum teórico da população, de que o excesso de direitos e garantias dos presos levaria à impunidade⁴⁶¹, institucionalizou-se uma forma de cumprimento da pena privativa de liberdade frontalmente lesiva a direitos e garantias fundamentais dos presos, especialmente direcionada, ainda de acordo com

⁴⁵⁷ V., nesse sentido: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Crime organizado, p. 224; KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 24-25; ZAFFARONI, E. Raúl. “Crime Organizado”: uma categorização frustrada. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, n. 1, ano 1, p. 45-67, 1. semestre de 1996.

⁴⁵⁸ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 24-25.

⁴⁵⁹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 134.

⁴⁶⁰ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. In: CARVALHO, Salo de. (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.792, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 269-281. p. 272-275.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 275-276.

Carvalho, ao isolamento daqueles identificados como líderes e integrantes de organizações criminosas com participação no tráfico ilícito de drogas⁴⁶².

Segundo o artigo 52, *caput* e parágrafos, da Lei de Execução Penal, modificado pela Lei n.º 10.792/2003, os presos provisórios ou condenados podem ser submetidos ao RDD em três hipóteses: quando praticarem fato previsto como crime doloso que gere desordem ou indisciplina no interior do presídio; quando apresentarem “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”; ou ainda quando recaírem “fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

Verifica-se que as duas últimas situações podem ensejar a inclusão do preso em RDD independentemente do cometimento de falta disciplinar, aplicando-se a modalidade diferenciada de execução da pena em razão do juízo de valor da autoridade administrativa acerca da periculosidade criminal e penitenciária dos presos⁴⁶³, aproximando-se com isso de um direito penal do autor. Nesse sentido, afirma Busato que as restrições decorrentes da imposição do RDD:

(...) não estão dirigidas a fatos e sim a determinada classe de autores. Busca-se claramente dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque, segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são “suspeitas” de participação em bandos ou organizações criminosas.⁴⁶⁴

Ressalte-se, aliás, que a ideia de subversão da ordem ou disciplina internas ao estabelecimento penal, relativa à primeira hipótese de submissão ao RDD, também está sujeita à valoração pelas autoridades competentes, vez que expressa em termos bastante vagos.

Os presos incluídos no RDD ficam sujeitos ao cumprimento da pena privativa de liberdade num regime de extrema severidade, caracterizado pelo isolamento em cela individual pela duração máxima de 360 dias, podendo ser a sanção repetida diante do cometimento de nova falta grave da mesma espécie, devendo-se respeitar, contudo, o limite de 1/6 da pena aplicada; pela restrição das visitas semanais (limitadas a duas pessoas, sem contar crianças, com duração de duas horas); e pela

⁴⁶² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 136.

⁴⁶³ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal**: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 343.

⁴⁶⁴ BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 14, ano 4, p. 137-145, 2004. p. 139.

necessidade de o preso permanecer 22 horas por dia na cela, tendo “direito” a duas horas diárias de sol.

Na medida em que acarreta a segregação celular de determinados presos por longo período de tempo, com evidente finalidade de neutralização, podendo causar-lhes efeitos extremamente danosos à saúde física e mental, diversos autores apontam a inconstitucionalidade do RDD por violar inúmeros direitos e garantias assegurados constitucionalmente, como o princípio da dignidade humana, a vedação a penas cruéis e a necessidade de respeito à integridade física e moral dos presos, além de afrontar os princípios e objetivos norteadores da execução penal, acolhidos pela Constituição Federal⁴⁶⁵.

Pode-se dizer, portanto, que o RDD consiste numa técnica penitenciária que objetiva, por meio de um tratamento extremamente severo, senão desumano, inabilitar os sujeitos identificados como perigosos segundo o juízo subjetivo das autoridades que exercem o controle penitenciário, abandonando-se, dessa forma, a ilusória finalidade de ressocialização dos condenados⁴⁶⁶.

4.1.4 O Decreto n.º 5.144/2004: a “Lei do Abate”

Outro diploma legal que não poderia deixar de ser mencionado, na medida em que reflete nitidamente o caráter belicista da repressão ao tráfico de drogas no Brasil, diz respeito ao Decreto n.º 5.144/2004, conhecido como “Lei do Abate”⁴⁶⁷, que regulamentou os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 303 da Lei n.º 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica).

O referido decreto, que segundo Carvalho teve sua edição “certificada” pelo governo norte-americano⁴⁶⁸, determina os procedimentos a serem seguidos pelas

⁴⁶⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei n.º 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de. (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.792, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 283-292.

⁴⁶⁶ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado, p. 280.

⁴⁶⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**, p. 99.

⁴⁶⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 136-137, nota 18. De acordo com o autor, em outubro de 2004, o escritório da Secretaria de Imprensa da Casa Branca publicou um memorando assinado pelo Presidente Bush, em que se afirmava que “(1) interdição de aeronave com razoável suspeita de estar efetivamente envolvida no tráfico ilícito de drogas no espaço aéreo desse País é necessária em razão da extraordinária ameaça posta pelo tráfico ilícito de drogas à segurança nacional desse País e (2) esse País estabeleceu procedimentos apropriados para proteger contra a perda de vidas de inocentes no espaço aéreo e terrestre em relação a tal interdição, as

autoridades competentes no que tange às aeronaves identificadas como hostis ou suspeitas de tráfico ilícito de drogas, tendo em vista sua possível ameaça à segurança pública.

Conforme estabelece o artigo 2º deste instrumento legal, são consideradas suspeitas de tráfico ilegal de drogas as aeronaves que adentrarem o território brasileiro sem plano de voo aprovado, vindas de áreas reconhecidamente tidas como fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas, ou aquelas que omitirem dados necessários à sua identificação aos órgãos de controle do tráfego aéreo ou não cumprirem suas determinações, caso estejam perfazendo rota presumivelmente utilizada para a distribuição de substâncias psicoativas ilícitas.

Tais aeronaves estão sujeitas a medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão⁴⁶⁹, que visam, por meio da atuação de aeronaves de interceptação, submetê-las ao pouso forçado e a subseqüentes ações de controle a serem tomadas pelas autoridades policiais quando em solo. Caso tais medidas preventivas não sejam atendidas pelas aeronaves suspeitas de tráfico ilícito, estas passam a ser consideradas aeronaves hostis e ficam sujeitas à medida de destruição prevista no artigo 5º, que consiste:

(...) no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra.

Esta medida de destruição apenas pode ser efetivada, ainda segundo a Lei do Abate, mediante o cumprimento de certos requisitos, tais como o registro das comunicações e imagens referentes à aplicação dos procedimentos, a

quais, no mínimo, incluem meios efetivos para identificar e alertar uma aeronave antes de uso da força contra a mesma”.

⁴⁶⁹ Tais medidas, tomadas de forma progressiva, são assim definidas no artigo 3º do Decreto n.º 5.144/2004: “§ 1º As medidas de averiguação visam a determinar ou a confirmar a identidade de uma aeronave, ou, ainda, a vigiar o seu comportamento, consistindo na aproximação ostensiva da aeronave de interceptação à aeronave interceptada, com a finalidade de interrogá-la, por intermédio de comunicação via rádio ou sinais visuais, de acordo com as regras de tráfego aéreo, de conhecimento obrigatório dos aeronavegantes. § 2º As medidas de intervenção seguem-se às medidas de averiguação e consistem na determinação à aeronave interceptada para que modifique sua rota com o objetivo de forçar o seu pouso em aeródromo que lhe for determinado, para ser submetida a medidas de controle no solo. § 3º As medidas de persuasão seguem-se às medidas de intervenção e consistem no disparo de tiros de aviso, com munição traçante, pela aeronave interceptadora, de maneira que possam ser observados pela tripulação da aeronave interceptada, com o objetivo de persuadi-la a obedecer às ordens transmitidas.”

implementação por pilotos e controladores de Defesa Aérea qualificados, a execução sobre áreas não muito povoadas e relacionadas com rotas de tráfico, a autorização do Presidente da República ou do Comandante da Aeronáutica, etc.

Percebe-se, portanto, que, conforme estabelecido pelo ordenamento jurídico pátrio, as aeronaves suspeitas de tráfico ilícito de drogas que não atenderem a determinados comandos emitidos através de procedimentos de coerção, situação em que passam a ser consideradas “hostis” - talvez o termo “inimigas” fosse mais adequado, vez que mais explícito -, ficam sujeitas ao abate, explicitamente denominado no próprio instrumento legal, sem quaisquer eufemismos, de “medida de destruição”.

Dessa forma, na medida em que regulamenta a implementação de drásticos procedimentos coercitivos que incluem a destruição de aeronaves classificadas como hostis, legitimando, com isso, a possibilidade de ocasionar a morte de diversas pessoas, o Decreto n.º 5.144/2004 teve sua constitucionalidade questionada por diversos doutrinadores, vez que estabeleceu medidas administrativas mais graves que as sanções penais previstas na Constituição (exceto em caso de guerra declarada), tomadas em manifesta violação ao princípio constitucional do devido processo legal⁴⁷⁰.

Evidencia-se, com isso, a identificação do traficante de substâncias psicoativas ilícitas pelas agências repressivas como verdadeiro inimigo a ser destruído (especificamente, neste caso, os traficantes que atuam por rotas aéreas), bem como a lógica bélica do modelo brasileiro de combate às drogas, ainda mais quando se considera que o ordenamento jurídico pátrio apenas prevê a adoção de medidas extremas de eliminação de inimigos em situações de guerra declarada⁴⁷¹. Nesse contexto, sustenta Carvalho que:

a harmonização dos meios operacionais das agências punitivas brasileiras à política transnacional de guerra às drogas legitima medidas de coação típicas de períodos de exceção nos quais se manifesta o terrorismo de Estado. A constatação é absolutamente pertinente se observarmos que atos desta natureza – v. g. eliminação de suspeitos, supressão de incômodos e proscrição de inimigos – são próprios de confrontos armados⁴⁷².

⁴⁷⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 138; GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**, p. 99, nota 113.

⁴⁷¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 139.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 138.

Verifica-se, destarte, que o Decreto n.º 5.144/2004 consiste num exemplo bastante expressivo da política criminal de guerra ao tráfico de drogas levada a efeito no Brasil, instrumentalizada por meio da aplicação de um tratamento de inimigo aos traficantes, tanto em termos de criminalização quanto na gestão da segurança pública, sem que se alcancem, contudo, os objetivos declarados de erradicação do tráfico ilícito expressos nos discursos oficiais que legitimam a adoção de tais medidas.

Por fim, além das leis anteriormente citadas, ainda se pode mencionar, tendo em vista a utilização de seus preceitos para o combate ao tráfico de drogas, a Lei n.º 9.296/1996, que dispõe a respeito da interceptação de comunicações telefônicas para obtenção de prova em investigação criminal e instrução processual penal, e a Lei n.º 9.613/1998, que criminaliza a “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, a qual, seguindo as recomendações estabelecidas na Convenção de Viena, atribui ao investigado ou acusado o ônus de comprovar a licitude da origem dos bens, direitos e valores sujeitos a medidas assecuratórias para que estes possam ser liberados, além de condicionar o conhecimento deste pedido ao comparecimento pessoal do interessado⁴⁷³.

4.2 A LEI N.º 11.343/06

4.2.1 A necessidade de reforma da Lei n.º 6.368/76 e a Lei n.º 10.409/02

Desde o início dos anos 90, especialmente com as investigações decorrentes da Comissão Parlamentar de Inquérito do Narcotráfico de 1991, passou-se a discutir no âmbito legislativo a respeito da necessidade de reformulação integral da Lei n.º 6.368/76, tendo em vista sua defasagem em termos conceituais e operacionais⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Há ainda diversas espécies normativas, como portarias, resoluções e decretos, relativas ao controle das drogas ilícitas e que se encontram atualmente em vigor, cuja análise, contudo, excederia os limites do presente trabalho. Para uma relação destas, v. GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**, p. 99-103.

⁴⁷⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 127.

Embora a Lei de Drogas seguinte (Lei n.º 10.409/02) tenha se fundamentado principalmente no Projeto Murad (Projeto de Lei n.º 1.873/91) que, decorrente das conclusões da mencionada CPI, objetivava intensificar a repressão ao tráfico ilícito, criando tipos penais relativos à criminalidade organizada e suas formas de financiamento, este acabou sofrendo a influência de outras propostas baseadas em perspectivas menos punitivistas no que tange à questão das drogas, as quais foram responsáveis pela alteração de sua redação original⁴⁷⁵.

Dessa forma, a Lei n.º 10.409/02, tal como aprovada pelo Congresso Nacional, contribuiria para a solidificação da ideologia da diferenciação, na medida em que estabelecia tratamentos legais bastante diferenciados em relação ao porte para uso pessoal - que embora considerado crime estava sujeito ao rito do juizado especial criminal e à aplicação de medidas descarcerizantes - e ao tráfico ilícito de drogas, pois embora mantivesse as condutas e penas do tipo básico, criava novos tipos incriminadores a este relacionados, o que recrudescia a punitividade⁴⁷⁶.

No entanto, o referido texto legal, aprovado pelo poder legislativo, continha tantas impropriedades no que diz respeito à definição dos delitos que o capítulo relativo aos crimes e às penas foi integralmente vetado pelo Poder Executivo⁴⁷⁷, permanecendo em vigor, portanto, a Lei n.º 6.368/76 no que se referia à previsão das figuras típicas e respectivas sanções penais. Assim, na prática, passou-se a aplicar os dois textos legais conjuntamente, conforme explica Carvalho: “no que tange ao processo penal, a Lei n.º 10.409/02 obteve plena vigência, restando a estrutura material do direito penal (delitos e penas) atrelada à antiga Lei n.º 6.368/76”⁴⁷⁸.

Diante da vigência simultânea de ambas as legislações e considerando as repercussões diretas ou indiretas de diversos diplomas legais sobre a política criminal de drogas brasileira, tais como as leis e o decreto citados anteriormente, o controle sobre as drogas ilícitas no Brasil adquiriu contornos bastante complexos⁴⁷⁹. De toda forma, ainda em 2002 foi apresentado um novo projeto de lei que, após

⁴⁷⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 127-128.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 128-129.

⁴⁷⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**, p. 94-95.

⁴⁷⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 129.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 139.

diversas alterações, resultou na Lei n.º 11.343/06⁴⁸⁰, a qual revogou as anteriores e se mantém vigente até os dias atuais.

4.2.2 Aspectos gerais da Lei n.º 11.343/06

Para que se possa proceder à identificação de traços de direito penal do inimigo presentes na Lei n.º 11.343/06, principal diploma legal relativo ao controle sobre as drogas ilícitas no Brasil, parece imprescindível, sem qualquer intenção de realizar uma análise pormenorizada da lei, apresentar alguns de seus aspectos gerais, apenas com o intuito de contextualizar o tratamento legal previsto em relação aos sujeitos criminalizados por tráfico de drogas.

Inicialmente, insta salientar que a atual Lei de Drogas encontra-se em conformidade com as diretrizes emanadas das convenções internacionais da ONU em matéria de drogas, criminalizando a produção, a distribuição e o consumo de substâncias psicoativas consideradas ilícitas e incorrendo, segundo Karam, em inúmeras violações a princípios e garantias assegurados nas declarações universais de direitos e na Constituição Federal⁴⁸¹.

Além de instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), regulamentado pelo Decreto n.º 5.912/06, a Lei n.º 11.343/06 estabelece inúmeros princípios e diretrizes a serem levados em consideração nas atividades de prevenção ao uso indevido de drogas e de atenção e reinserção social de usuários e dependentes e dispõe a respeito de medidas relacionadas à repressão à produção e ao tráfico ilícitos de drogas. Ademais, cuida da criminalização de condutas relacionadas às drogas e suas matérias primas, do procedimento penal a ser seguido, da apreensão, arrecadação e destinação dos bens dos acusados e ratifica a cooperação do governo brasileiro com outros países e organismos internacionais no que se refere ao tema das drogas, prevendo a possibilidade de solicitar-lhes intercâmbio de informações e de inteligência policial.

⁴⁸⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**, p. 119.

⁴⁸¹ KARAM, Maria Lúcia. A Lei n.º 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 167, out. 2006. Não paginado. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3312-A-Lei-n%C2%BA-11.343-06-e-os-repetidos-danos-do-proibicionismo>. Último acesso em: 02/12/2013.

De acordo com Carvalho, embora a atual Lei de Drogas apresente um discurso preventivo, a sua ênfase permanece no campo da repressão, vez que, reforçando a lógica proibicionista que busca coibir tanto o tráfico quanto o consumo de drogas, seguindo os preceitos estabelecidos nos tratados internacionais, a Lei n.º 11.343/06 incrementa a punitividade no que tange ao comércio ilegal e mantém o projeto moralizador que consagra o ideal de abstinência, impondo-o aos usuários de substâncias psicoativas tidas como ilícitas⁴⁸².

Aliás, a Lei n.º 11.343/06 consolida, de forma bastante evidente, a ideologia da diferenciação, pois prevê respostas punitivas situadas em pólos opostos no que tange aos consumidores e traficante de drogas, reforçando o abismo existente no tratamento penal dessas figuras. Enquanto os usuários e dependentes são tratados como enfermos, há o recrudescimento da punição aos traficantes, considerados criminosos e inimigos da sociedade. Segundo o viés legislativo, que intensifica o discurso político-jurídico, aliado ao discurso médico-jurídico, os indivíduos imputados pela prática do crime de tráfico de drogas deveriam ficar presos e, portanto, neutralizados pelo maior período de tempo possível, conforme será visto neste capítulo.

Especificamente em relação às condutas típicas referentes ao porte de drogas para consumo pessoal e plantio para obtenção de pequena quantidade de drogas para uso pessoal, previstas no artigo 28, *caput* e § 1º, da nova Lei de Drogas, deve-se ressaltar que o atual diploma legal, embora tenha mantido a criminalização⁴⁸³, excluiu qualquer possibilidade de condenação do autor do fato à pena privativa de liberdade, cominando penalidades de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de

⁴⁸² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 140-141.

⁴⁸³ Posteriormente à edição da Lei n.º 11.343/06, alguns doutrinadores passaram a defender que teria ocorrido processo de descriminalização do delito previsto no artigo 28, não se aplicando ao consumidor de drogas verdadeiras penas. Sustentando posicionamento contrário, Carvalho afirma que não houve descriminalização do porte para consumo pessoal de drogas, mas sim descaracterização das condutas relacionadas ao consumo, pois “o art. 28 da Lei de Drogas mantém as condutas dos usuários criminalizadas, alterando apenas [a] sanção prevista, impedindo, mesmo em caso de reincidência (...) a pena de prisão” (*Ibidem*, p. 197). A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal chegou a se manifestar sobre o assunto em 2007, no Recurso Extraordinário 430105 QO/RJ, em que foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence, aduzindo que as condutas descritas no artigo 28 da Lei 11.343/06 não deixaram de ser consideradas crimes, vez que teria ocorrido apenas uma despenalização, marcada pelo afastamento da pena privativa de liberdade como sanção principal ou substitutiva do delito. De acordo com Gomes, tal posicionamento é seguido majoritariamente pela jurisprudência brasileira. (GOMES, Luiz Flávio. (Coord.). **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 114).

comparecimento a programa ou curso educativo, a serem aplicadas de forma isolada ou cumulativamente. Ressalte-se que o processamento de tais delitos, considerados infrações de menor potencial ofensivo (enquanto, no extremo oposto, o tráfico ilícito de drogas é tido como crime equiparado a hediondo), é de competência dos Juizados Especiais Criminais, conforme estabelece o artigo 48, *caput* e parágrafos da lei em questão.

De todo modo, ainda que se tenha formalmente afastado a aplicação de pena de prisão aos usuários de drogas, a Lei n.º 11.343/06, ainda distante das políticas de drogas alternativas que vêm sendo implementadas em diversos países europeus e, mais recentemente, até mesmo em países do continente americano, mantém o sistema proibicionista que visa erradicar o consumo de substâncias psicoativas consideradas ilícitas por meio da criminalização, impondo aos usuários de drogas medidas de cunho moralizador e normalizador⁴⁸⁴.

4.2.3 O tratamento jurídico do traficante de drogas na Lei n.º 11.343/06 como manifestação de direito penal do inimigo

No que tange ao tratamento jurídico dos traficantes de drogas, a Lei n.º 11.343/06, apesar de toda a crítica existente a respeito do fracasso da política de guerra às drogas em seus objetivos declarados de erradicação do consumo e do comércio ilegal, intensificou o rigor punitivo e manteve a antecipação da criminalização, além de restringir e suprimir diversos direitos e garantias fundamentais dos acusados e condenados por esta prática.

Saliente-se inicialmente que, segundo Carvalho, a atual Lei de Drogas manteve em sua estrutura o uso das técnicas legislativas, já empregadas na legislação anterior, da norma penal em branco (ao remeter, no artigo 1º, parágrafo único, a definição das substâncias consideradas drogas ao disposto em lei ou em listas administrativas), da utilização de tipos penais abertos, contendo termos genéricos e imprecisos (como a expressão “em doses excessivas” do artigo 38) e da

⁴⁸⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 142.

multiplicação excessiva de verbos nucleares do tipo penal (como se percebe da análise dos artigos 28 e 33)⁴⁸⁵.

Tais técnicas, utilizadas sob o argumento de que permitiriam maior flexibilidade e constante atualização do sistema penal, além de possibilitar a criminalização de todo o ciclo da droga, embora já incorporadas ao direito penal contemporâneo, levam à ampliação dos horizontes de punitividade, podendo acarretar diversos riscos, ainda de acordo com o autor citado, à base garantista do direito penal⁴⁸⁶.

A Lei n.º 11.343/06 se refere às condutas relacionadas ao tráfico ilícito de drogas, de modo geral, nos artigos 33, *caput* (que corresponde ao tipo-chave do crime de tráfico), e §1º e 34 a 37⁴⁸⁷.

Na realidade, a referida lei, assim como já ocorria na legislação anterior, não apresenta a rubrica das infrações penais, de forma que inexiste, segundo Franco, Lira e Felix, uma figura típica específica que corresponda ao *nomen juris* de tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, como expressamente denominado no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal e no artigo 2º, *caput*, da Lei n.º 8.072/90. De

⁴⁸⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 309.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 308-313.

⁴⁸⁷ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa. Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas do *caput* deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei. Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa. Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

acordo com tais autores, “a área de significado da palavra *tráfico* está vinculada às ideias de comércio, mercancia, trato mercantil, negócio e ainda de negócio fraudulento, indecoroso” ⁴⁸⁸, de modo que nem todas as condutas previstas nos dispositivos legais citados se amoldariam estritamente a este conceito.

Afirma Greco Filho, nesse contexto, que embora o *nomen juris* dos crimes não faça parte do comando legal, pode ser utilizado como importante instrumento de interpretação da norma. No caso do tráfico ilícito de drogas, diante da ausência de tipo penal com essa rubrica e especialmente em razão da sua equiparação a crime hediondo - o que acarreta relevantes consequências de ordem penal, processual penal e de execução penal - desde a Lei n.º 6.368/76 se discute, nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, acerca da abrangência do conceito ⁴⁸⁹.

De todo modo, na presente dissertação, ainda que se concorde com o argumento de que o termo “tráfico” se relaciona à ideia de comércio, negócio ou até mesmo fluxo de coisas ou mercadorias, usa-se a expressão “traficante de drogas” de forma ampla, com o intuito de abranger todos aqueles sujeitos imputados pela prática dos delitos previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º (ainda que com a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º), 34, 35, 36, 37, abarcando, portanto, os autores de crimes aos quais a Lei n.º 11.343/06 prevê, em sua literalidade, as mais graves restrições de direitos.

Verifica-se da análise dos artigos citados que, a partir do objetivo declarado de tutelar o bem jurídico saúde pública ⁴⁹⁰, o legislador buscou, por meio da previsão de inúmeros verbos nucleares integrantes dos tipos penais (apenas o *caput* do artigo

⁴⁸⁸ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**, p. 237.

⁴⁸⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**, p. 140-141. Neste quadro de incerteza acerca do alcance da expressão tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, enquanto Greco Filho (**Tóxicos**, p. 244) e Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. v. 1. 7. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 315) consideram que, por força do artigo 44 da Lei 11.343/06, os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º e 34 a 37 correspondem a crimes equiparados a hediondos, para Carvalho, apenas as condutas de natureza eminentemente comercial, tais como as ações de importar, vender, exportar e expor à venda, devem estar sujeitas à valoração como crime hediondo, estando as demais condutas, já que não abarcadas pela noção constitucional de tráfico de drogas, blindadas dos efeitos da Lei dos Crimes Hediondos. (**A política criminal de drogas no Brasil**, p. 355-360. Por sua vez, segundo Gomes: “(...) apesar de sofrer praticamente todos os consectários de um crime hediondo (salvo as restrições da progressão), não podem ser a ele equiparados os delitos dos arts. 34, 35 e 37, pois neles não ocorre tráfico de drogas propriamente dito (ficando abrangidos somente os arts. 33, *caput*, § 1º e 36”). (GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**, p. 209).

⁴⁹⁰ Segundo Greco Filho, embora haja outras correntes minoritárias, a doutrina dominante sustenta que o bem jurídico tutelado no crime de tráfico ilícito de drogas é a saúde pública, tendo em vista os reflexos pessoais e sociais decorrentes dos malefícios causados pelo consumo impróprio da droga. (**Tóxicos**, p. 103).

33 contempla dezoito verbos), criminalizar o espectro mais amplo possível de condutas relacionadas ao tráfico de drogas (ainda que correspondam, em certos casos, a meros atos preparatórios), cominando sanções penais bastante elevadas e seguindo, desta forma, as recomendações decorrentes das convenções internacionais.

Primeiramente, importante ressaltar que a Lei n.º 11.343/06 promoveu a exasperação da pena mínima cominada ao tipo-chave de tráfico de drogas e às hipóteses assemelhadas, previstas nos incisos I, II e III do § 1º do artigo 33 (sujeitas, por determinação legal, à mesma sanção penal). Com efeito, enquanto na revogada Lei n.º 6.368/76 o tráfico de substâncias psicoativas ilícitas era punido com pena de três a quinze anos de reclusão e pagamento de 50 a 360 dias-multa, a nova lei elevou a pena mínima para cinco anos de reclusão e aumentou substancialmente os patamares mínimo e máximo da multa cominada, prevendo o pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.

Além de se tratar de sanção penal por si só bastante rigorosa, qualificada por Karam como de “desmedido rigor penal”⁴⁹¹, deve-se levar em consideração que a ampliação do já extenso rol de circunstâncias que configuram causa especial de aumento de pena (artigo 40), aumentando-a na fração de um sexto a dois terços, também contribui diretamente para intensificar a punitividade.

Outro exemplo do forte recrudescimento da repressão ao comércio ilegal de drogas levado a efeito pela nova lei diz respeito à previsão, no artigo 36, como crime autônomo e sujeito a penas ainda mais severas que aquelas cominadas ao tipo-chave de tráfico, do financiamento ou custeio da prática dos crimes descritos nos artigos 33, *caput* e § 1º e 34⁴⁹². Alguns autores criticam a tipificação como delito autônomo⁴⁹³ sob o fundamento de que tais condutas estão inseridas no próprio contexto do crime de tráfico, concorrendo seus autores para a prática do delito da mesma forma que o executor direto⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ KARAM, Maria Lúcia. A Lei n.º 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo, não paginado.

⁴⁹² KARAM, Maria Lúcia. **Drogas**: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais. Texto elaborado para curso de extensão promovido pelo Núcleo de Estudos Drogas/Aids e Direitos Humanos do Laboratório de Políticas Públicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, abr. 2010. Não paginado. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Último acesso em: 02/12/2013.

⁴⁹³ Nesse sentido, a título exemplificativo, v. KARAM, Maria Lúcia. **Drogas**: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais, não paginado.

⁴⁹⁴ Trata-se de uma exceção pluralista à teoria monista do artigo 29 do Código Penal, como reconhecem GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**, p. 188 e MARCÃO,

De todo modo, a lei comina ao cometimento de tais condutas penas extremamente altas, de reclusão de oito a vinte anos, além do pagamento de 1.500 a 4.000 dias-multa, tratando-se, dessa forma, de pena mínima superior àquela prevista para o crime de homicídio simples, o que viola frontalmente o princípio da proporcionalidade⁴⁹⁵. Como se não bastasse, o financiamento e o custeio da prática do crime ainda foram previstos, no artigo 40, como causas de aumento da pena relativa aos delitos dos artigos 33 a 37, incorrendo a legislação, com isso, em verdadeiro *bis in idem*⁴⁹⁶.

Ainda no que se refere à pena cominada aos crimes de tráfico, destaca-se que a Lei n.º 11.343/06 estabeleceu o pagamento de dias-multa em desconformidade com os padrões determinados pelo Código Penal, vez que fixou patamares muito mais gravosos e sem atentar para o princípio da proporcionalidade entre a intensidade da lesão ou ameaça ao bem jurídico e a correspondente sanção penal, criando situações absolutamente desproporcionais⁴⁹⁷, inclusive quando se comparam as penas privativas de liberdade e as penas de multa previstas.

Exemplo disso é que enquanto as condutas do artigo 33, *caput*, são puníveis com pena de reclusão de cinco a quinze anos e 500 a 1.500 dias-multa, ao artigo 33, § 3º, que configura a hipótese de consumo compartilhado, o legislador impôs pena de detenção de seis meses a um ano e pagamento de 700 a 1.500 dias-multa, determinando um patamar mínimo mais gravoso, portanto, que aquele relativo ao crime de tráfico. Isso sem mencionar as situações dos artigos 34 e 36, em que as penas de multa variam, de forma exagerada, de 1.200 a 2.000 dias-multa e de 1.500 a 4.000 dias-multa, respectivamente.

Em relação às condutas estabelecidas no *caput* do artigo 33, as quais conformam o tipo-chave do delito de tráfico de drogas, vários doutrinadores criticam o fato de que, embora acarretem lesões substancialmente diversas ao bem jurídico tutelado (nítida a diferença, por exemplo, entre as ações de exportar e fornecer

Renato. **Tóxicos**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Lei de Drogas anotada e interpretada. 8. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 260.

⁴⁹⁵ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas**: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais, não paginado; FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**, p. 236-237.

⁴⁹⁶ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas**: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais, não paginado; FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**, p. 237-238. Parte da doutrina tenta resolver a situação afirmando que enquanto a configuração do artigo 36 exige estabilidade, reiteração, aplica-se a majorante quando se tratar de financiamento ou custeio meramente ocasional. Nesse sentido, GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**, p. 189; MARCÃO, Renato. **Tóxicos**, p. 262.

⁴⁹⁷ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**, p. 237.

gratuitamente), encontram-se equiparadas, sujeitas portanto ao mesmo rigor penal⁴⁹⁸, independentemente da existência de finalidade mercantil, de se tratar de um comércio varejista ou atacadista, da efetiva entrega da droga, etc.

Conforme explica Karam, sendo o tráfico uma atividade econômica por natureza, sua equiparação às condutas que não visam a obtenção de proveito econômico, tais como o fornecimento gratuito, viola o princípio da proporcionalidade, já que o grau de reprovação diferenciado de tais ações não deveria levar à previsão de um tratamento penal igualitário⁴⁹⁹. Na realidade, percebe-se que o artigo 33 prevê hipóteses tão amplas que nele poderiam ser enquadrados indivíduos relacionados com o tráfico nos mais diversos níveis, submetendo-os à mesma sanção penal.

Exatamente com o intuito de possibilitar a aplicação de um tratamento penal menos rigoroso ao traficante individual, ocasional, que “apenas se inicia no mundo do crime”⁵⁰⁰, é que a Lei n.º 11.343/06 trouxe como inovação a previsão da causa especial de redução de pena do artigo 33, § 4º. Segundo este dispositivo legal, nos crimes descritos no artigo 33, *caput* e § 1º, pode haver redução da sanção penal de um sexto a dois terços quando se tratar de agente primário, com bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Tal previsão, segundo Marcão, possibilita uma maior amplitude de apreciação do caso concreto pelo magistrado, permitindo uma adequada individualização da pena a ser aplicada⁵⁰¹ aos traficantes que preenchem os requisitos legais.

No entanto, de acordo com as conclusões resultantes da pesquisa intitulada “Tráfico de drogas e Constituição”, realizada no âmbito do Projeto “Pensando o Direito” por grupos de pesquisa da UFRJ e da UnB⁵⁰², verificou-se, por meio da

⁴⁹⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 320.

⁴⁹⁹ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**, não paginado.

⁵⁰⁰ MARCÃO, Renato. **Tóxicos**, p. 184.

⁵⁰¹ *Idem*.

⁵⁰² BOITEUX, Luciana *et. al.* **Tráfico de drogas e Constituição**: Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais. Relatório Final do Projeto de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/PNUD, no Projeto “Pensando o Direito”, Referência PRODOC BRA/08/001. Rio de Janeiro, Brasília: 2009. 221 p. Disponível em: <<http://www.bancodeinjusticas.org.br/wp-content/uploads/2011/11/Minist%C3%A9rio-da-Justi%C3%A7a-UFRJ-e-UnB-Tr%C3%A1fico-de-Drogas-e-Constitui%C3%A7%C3%A3o1.pdf>>. Último acesso em: 09/12/2012. Esta pesquisa, que teve por base o estudo do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, envolveu a análise empírica de sentenças e acórdãos da justiça estadual e federal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, além de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, compreendidos no período entre 7 de outubro de 2006 e 31 de maio de 2008, e selecionados com base em determinados critérios, abrangendo tanto fatos ocorridos na vigência da Lei 11.343/06 quanto fatos anteriores, desde que, neste caso, tenha havido aplicação retroativa da nova Lei de Drogas.

análise de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, haver certa resistência, tanto deste tribunal quanto dos juízos ordinários, em aplicar a causa de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, a réus que em tese se enquadrariam nessa hipótese legal⁵⁰³.

Isso decorreria em parte, segundo o relatório final da pesquisa, tanto da ausência de parâmetros objetivos para aferição, no caso concreto, dos requisitos abertos e imprecisos de não dedicação a atividades criminosas e não participação em organizações criminosas⁵⁰⁴, quanto da existência, em certos casos, de uma visão estereotipada do sujeito condenado por tráfico de drogas, convergente com aquela proveniente dos meios de comunicação em massa⁵⁰⁵.

Em relação às sentenças condenatórias pelo crime de tráfico de drogas, dentro do universo de casos pesquisados, constatou-se que, dentre as situações em que não foi aplicada redução da pena (não apenas em razão do artigo 33, § 4º, mas por qualquer razão), não havia qualquer indicação de motivação para que se tenha procedido dessa forma em 39,7% dos casos no Distrito Federal e em 36,2% no Rio de Janeiro⁵⁰⁶.

Observou-se ainda que, no Rio de Janeiro, a redução da pena foi denegada em 31,9% dos casos sob o argumento de que o réu se dedicaria a atividades criminosas ou integraria organização criminosa sem que em tais processos houvesse condenação anterior transitada em julgado. Tal presunção se baseou em meras suspeitas do magistrado, decorrentes, por exemplo, da existência de inquéritos penais em desfavor do acusado⁵⁰⁷, violando, dessa forma, o princípio constitucional da presunção de inocência.

Aliás, em uma das sentenças, a justificativa para o indeferimento do pedido de aplicação do artigo 33, § 4º se restringiu à (preconceituosa) afirmação de que

⁵⁰³ BOITEUX, Luciana *et. al.* **Tráfico de drogas e Constituição**, p. 158. Atualmente, parece que os tribunais vêm aplicando a citada causa de redução de pena com certa frequência. No entanto, tal afirmação só poderia ser efetivamente comprovada com uma ampla pesquisa empírica acerca do tema, o que excede as possibilidades deste trabalho.

⁵⁰⁴ Atualmente, com a conceituação de organização criminosa pela recém-editada Lei n.º 12.850/2013, talvez seja esta a definição que passará a ser utilizada para a configuração do requisito do artigo 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06. Tal hipótese, contudo, só poderá ser confirmada com as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

⁵⁰⁵ BOITEUX, Luciana *et. al.* **Tráfico de drogas e Constituição**, p. 158.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, p. 178.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 179.

“quem vende drogas em favelas e/ou comunidades dominadas por facções criminosas não pode fazer jus a tal benefício”⁵⁰⁸.

Verifica-se, portanto, que embora a previsão da referida causa especial de redução de pena constitua um importante avanço legislativo ao buscar mitigar o rigor da Lei de Drogas no que diz respeito aos traficantes que satisfaçam as condições previstas, nem sempre é aplicada de forma adequada, especialmente diante da imprecisão semântica do requisito negativo de dedicação a atividade criminosa.

Outro ponto que merece destaque em relação à análise da Lei n.º 11.343/06 se refere ao fato de que, comparando-se os tipos penais de porte para uso próprio e tráfico, verifica-se que todas as condutas descritas no artigo 28 – “adquirir”, “guardar”, “ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo” estão compreendidas também na redação do artigo 33, sendo o único diferencial a finalidade específica de consumo pessoal constante do artigo 28⁵⁰⁹.

No que tange ao crime de tráfico, tendo em vista que o tipo penal do artigo 33 não faz qualquer referência à intencionalidade do autor do delito, exigindo-se apenas o dolo genérico para a configuração da tipicidade subjetiva, o crime resta caracterizado com a prática de qualquer das condutas previstas, independentemente da existência de desígnio mercantil⁵¹⁰.

Dessa forma, ainda que a própria lei estabeleça, no artigo 28, § 2º, determinados critérios a serem levados em consideração para determinar se a droga se destinava ao consumo pessoal, a não comprovação desta finalidade leva à definição jurídica do fato como tráfico (vez que abrange quaisquer outras intenções, não se exigindo a finalidade de comércio), criando-se, nas palavras de Carvalho, uma “espécie de zona gris de alto empuxo criminalizador”⁵¹¹, de forma que condutas dúbias acabam sendo muitas vezes classificadas como tráfico de drogas.

Com isso, potencializa-se, na prática dos tribunais, a indevida tendência de inverter o ônus da prova em desfavor do réu, atribuindo-se a ele o encargo de comprovar a destinação para consumo pessoal, sob pena de ser erroneamente processado e punido pelo cometimento do crime de tráfico⁵¹². A situação torna-se ainda mais grave quando se leva em consideração o abismo existente entre o

⁵⁰⁸ BOITEUX, Luciana *et. al.* **Tráfico de drogas e Constituição**, p. 179.

⁵⁰⁹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 317-323.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 324.

⁵¹¹ *Idem*.

⁵¹² *Ibidem*, p. 324-325; NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, p. 315.

procedimento e a sanção penal previstos para os delitos de porte para consumo pessoal e tráfico, com todas as suas consequências jurídicas.

Situada entre essas modalidades, como um tipo penal intermediário, encontra-se a hipótese, criada pela Lei n.º 11.343/06, do indivíduo que oferece droga à pessoa de seu relacionamento, eventualmente e sem intuito de obter lucro, para consumo compartilhado (artigo 33, § 3º). Embora o intuito do legislador tenha sido o de evitar a criminalização do sujeito que pratica tal conduta pelo tipo penal de tráfico, como ocorria na vigência da lei anterior⁵¹³, acabou gerando uma situação inadequada, já que a conduta de fornecer gratuitamente continua prevista no tipo penal do artigo 33, *caput*. Assim, enquanto quem fornece gratuitamente a droga sem a finalidade de consumir conjuntamente fica sujeito às penalidades de tráfico, aquele que visa o consumo compartilhado se submete a uma sanção penal muito mais branda, o que acaba parecendo, de acordo com Karam, um incentivo legal ao consumo.

De todo modo, além de recrudescer a repressão penal e manter ou criar diversas situações problemáticas, a Lei n.º 11.343/06 ainda apresenta vários outros aspectos que devem ser ressaltados na medida em que contribuem para a compreensão de seu conteúdo como manifestação de direito penal do inimigo.

Nesse sentido, uma das principais características da Lei de Drogas consiste na antecipação da criminalização da produção e da distribuição de drogas ilícitas, revelada tanto pelo afrouxamento das fronteiras entre consumação e tentativa na descrição das ações proibidas quanto pela criminalização de condutas que constituem meros atos preparatórios⁵¹⁴, inviáveis para ameaçar ou lesionar diretamente o bem jurídico tutelado pelos crimes de tráfico, correspondente, segundo o discurso oficial, à saúde pública.

Conforme explica Karam, a Lei n.º 11.343/06 tipifica como crime, de forma autônoma, várias condutas que poderiam ser compreendidas como o início da execução de outras ações também previstas nos tipos penais, sujeitando-as à mesma sanção penal⁵¹⁵. É o caso, por exemplo, da conduta de transportar drogas, que constitui o começo da execução de outras condutas como a venda e o fornecimento, que configuram mais propriamente a ideia de tráfico de drogas,

⁵¹³ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**, p. 198.

⁵¹⁴ KARAM, Maria Lúcia. A Lei n.º 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo, não paginado.

⁵¹⁵ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas**: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais, não paginado.

entendido como comércio ou fluxo de tais substâncias. Apesar da existência dessa relação, todas essas condutas estão tipificadas no artigo 33, *caput*, de forma autônoma, como crime consumado, sendo-lhes cominada idêntica pena.

Desse modo, equiparando a sanção penal correspondente à consumação e ao que poderia ser compreendido como tentativa, a legislação desconsidera a intensidade da lesão ou ameaça sofrida pelo bem jurídico, violando o princípio da proporcionalidade entre a magnitude do dano e a sanção penal⁵¹⁶.

Além disso, a antecipação da criminalização também pode ser verificada pela tipificação de condutas como a associação de duas ou mais pessoas com a finalidade de praticar determinados crimes descritos na Lei de Drogas (artigo 35), a semeadura ou cultivo de plantas que constituem matéria-prima para a preparação de drogas (artigo 33, § 1º, II), a fabricação ou simples posse de matéria-prima, insumo ou produto químico destinados à sua preparação (artigo 33, § 1º, I), e até mesmo a aquisição, distribuição ou posse de equipamentos voltados à fabricação de drogas (artigo 34).

Tais ações consistem em meros atos preparatórios, inviáveis até mesmo para caracterizar a tentativa da produção ou comércio ilegais, pois correspondem a um eventual planejamento da ação futura de praticar o crime de tráfico, estando ainda distantes do início da execução da produção ou distribuição de substâncias consideradas ilícitas. Assim, segundo Karam, inexistindo qualquer lesão ou ameaça direta ao bem jurídico saúde pública, a criminalização de referidas condutas afronta o princípio da lesividade da conduta proibida⁵¹⁷.

Apesar disso, são punidas pela Lei n.º 11.343/06 com penas bastante elevadas, sendo inclusive algumas dessas condutas sancionadas com pena equivalente àquela cominada ao tipo-chave de tráfico, o que demonstra o intenso rigor punitivo do tratamento penal destinado aos autores dos crimes relacionados ao tráfico, independentemente da antecipação da criminalização.

Ademais, os indivíduos investigados, processados e condenados pelo cometimento do tipo-chave de tráfico ilícito de drogas e das infrações penais relacionadas ficam sujeitos, em razão da Lei n.º 11.343/06, a uma (extensa) série de restrições em termos de direitos e garantias materiais, processuais e de execução penal. Nesse sentido, conforme estabelece o artigo 44, *caput* e parágrafo único, da

⁵¹⁶ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 10-12.

⁵¹⁷ *Idem*.

Lei de Drogas, prevendo consequências ainda mais gravosas que aquelas determinadas pela Lei dos Crimes Hediondos⁵¹⁸:

Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Atendendo ao comando criminalizador previsto no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, a Lei de Drogas determinou a vedação da concessão de fiança, graça e anistia, incluindo também no rol de restrições, assim como a Lei dos Crimes Hediondos, a proibição do indulto (considerada inconstitucional por vários doutrinadores, conforme já mencionado) e da liberdade provisória.

Especificamente em relação à liberdade provisória, a determinação da impossibilidade de sua concessão, quando da promulgação da Lei n.º 11.343/06, harmonizava-se com o disposto na redação então vigente do artigo 2º, inciso II da Lei dos Crimes Hediondos⁵¹⁹. No entanto, com a edição da Lei n.º 11.464/07, que retirou a vedação genérica da liberdade provisória do texto deste diploma legal, a maior parte da doutrina passou a sustentar que teria ocorrido revogação do artigo 44 da Lei de Drogas neste ponto⁵²⁰.

A matéria, contudo, não restou pacificada, e diante da existência de divergência jurisprudencial, a questão foi levada para discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal, declarando-se incidentalmente, no julgamento do Habeas Corpus 104.339/SP, em maio de 2012, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” constante do artigo 44, *caput*, da Lei de Drogas.

Como ressaltado no voto do relator Ministro Gilmar Mendes, a proibição apriorística e genérica de concessão de liberdade provisória a investigados e

⁵¹⁸ Conforme mencionado previamente, as incertezas acerca do alcance da expressão constitucional “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” em relação aos crimes previstos na Lei 11.343/06, diante da ausência de rubrica das figuras típicas, geram discussão a respeito de quais destes podem ser considerados equiparados a hediondos e sujeitos, portanto, às restrições estabelecidas na Lei n.º 8.072/90.

⁵¹⁹ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**, p. 241.

⁵²⁰ Nesse sentido: KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**, não paginado; FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**, p. 241; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**, p. 211-212; MARCÃO, Renato. **Tóxicos**, 324. Em sentido contrário, de que a modificação procedida pela Lei n.º 11.464/07 não alcança o crime de tráfico: GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**, p. 244-245.

processados por determinados tipos penais abstratamente considerados, como faz a Lei n.º 11.343/06 em relação ao tráfico ilícito de drogas, mostra-se incompatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, dentre outros, vez que acaba convertendo a prisão cautelar numa espécie de antecipação da pena ao impossibilitar que o juiz verifique, no caso concreto, a necessidade da segregação cautelar⁵²¹.

Com efeito, ao estabelecer a vedação genérica da liberdade provisória de maneira abstrata, apenas por tratar-se de crimes de tráfico de drogas, a Lei n.º 11.343/06 viola diversos princípios constitucionais, já que a imposição de prisão cautelar ao réu deve ser excepcional, sendo regra a manutenção da liberdade. Nesse sentido, a manutenção ou decretação da prisão cautelar não deve depender de uma vedação em abstrato, mas da demonstração, pelo magistrado, da presença de seus pressupostos autorizadores no caso concreto, em decisão devidamente motivada.

Interessante citar, nesse contexto, os resultados da pesquisa “Tráfico de drogas e Constituição”, mencionada anteriormente, em que, investigando acórdãos do Superior Tribunal de Justiça relativos ao tipo-chave do crime de tráfico de drogas, selecionados a partir do recorte temporal fixado entre 7 de outubro de 2006 a 31 de maio de 2008 (anteriores, portanto, à declaração de inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória), verificou-se que a quase totalidade dos réus se encontrava presa no momento do julgamento pela referida Corte. Em 95 dos 103 acórdãos pesquisados, os réus haviam sido presos em flagrante e permaneciam presos até então (na grande maioria dos casos em decorrência de prisão cautelar fundamentada no óbice legal à liberdade provisória), sendo que nos outros 8 acórdãos inexistia informação acerca da situação processual do acusado - podendo também tratar-se de réus presos⁵²².

Atualmente, embora a proibição de concessão da liberdade provisória tenha sido declarada inconstitucional em sede de controle difuso, sabe-se⁵²³ que muitos investigados, acusados e sentenciados pelo crime de tráfico de drogas permanecem presos cautelarmente - principalmente pela decretação da prisão preventiva - durante a maior parte da persecução penal, o que consiste numa clara manifestação

⁵²¹ STF, HC 104339/SP, rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012.

⁵²² BOITEUX, Luciana et. al. **Tráfico de drogas e Constituição**, p. 107.

⁵²³ A comprovação de tal afirmação por dados estatísticos demandaria uma pesquisa empírica específica nesse sentido, inviável nos limites do presente trabalho.

de direito penal do inimigo. Com o evidente objetivo de neutralização, tais indivíduos, em razão de suposta periculosidade, são afastados do convívio social com base numa prisão cautelar que adquire o real significado de antecipação de pena, violando assim o princípio constitucional da presunção de inocência, além da dignidade da pessoa humana.

Além disso, no que tange à aplicação e execução da pena privativa de liberdade, a Lei n.º 11.343/06 proíbe aos sujeitos sentenciados pela prática dos crimes dos artigos 33, *caput* e § 1º e 34 a 37 a concessão do *sursis* ou suspensão condicional da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (vedação esta que também foi declarada inconstitucional, como será visto adiante), além de determinar, conforme disposto no Código Penal, segundo a redação dada pela Lei dos Crimes Hediondos, o cumprimento de dois terços da pena para obtenção do livramento condicional, negando sua concessão ao reincidente específico.

Tais óbices legalmente impostos, que vedam o reconhecimento de certos direitos ou benefícios aos condenados por crime de tráfico de drogas apenas em razão de se tratar de uma determinada tipologia criminal abstratamente considerada, independentemente da finalidade e dos fundamentos da execução da pena e de seus institutos, bem como da pena concretamente aplicada na sentença condenatória e das particularidades relativas ao crime e ao autor do fato, afrontam, segundo Karam, os princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena⁵²⁴.

Especificamente no que tange à proibição, aos condenados por tráfico, de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tal vedação foi recentemente declarada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade incidental, por maioria de votos, no julgamento do Habeas Corpus 97256/RS, em que foi relator o Ministro Ayres Britto. Neste caso, reconhecendo a existência de violação à garantia constitucional da individualização da pena, a Corte declarou a inconstitucionalidade da vedação da

⁵²⁴ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas**: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais, não paginado. No mesmo sentido: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**, p. 240-241.

conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos prevista tanto no artigo 44 quanto no artigo 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06⁵²⁵.

Com a promulgação da Resolução n.º 5/2012 pelo Senado Federal, suspendendo, com base no artigo 52, inciso X da Constituição Federal, a eficácia da expressão proibitiva da aplicação de penas alternativas aos condenados por tráfico⁵²⁶, torna-se possível ao magistrado substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que presentes, no caso concreto, os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

De todo modo, nesse contexto de redução e supressão de garantias aos acusados e condenados por tráfico de drogas (algumas destas violações já declaradas inconstitucionais pelo poder judiciário, como visto), o legislador ainda previu, no artigo 53 da Lei n.º 11.343/06, a possibilidade de utilização, em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes descritos na Lei de Drogas, das técnicas investigativas da infiltração em tarefas de investigação e da ação controlada de agentes policiais, além de outras previstas em lei.

Tais procedimentos investigativos, aliados à quebra do sigilo de dados pessoais, à interceptação de comunicações telefônicas, às escutas e filmagens ambientais, enfim, a outros meios de obtenção de prova também aplicáveis aos casos de tráfico de drogas, sofrem diversas críticas doutrinárias no sentido de que seriam insidiosos, imorais, invasivos e ilegítimos. Com efeito, ao pressuporem a colaboração inconsciente do sujeito com o poder punitivo na produção de provas contra si mesmo, obtida através da violação de sua privacidade ou do emprego de meios traiçoeiros, tais técnicas de investigação violam o direito a não se autoincriminar e a garantia constitucional do devido processo legal⁵²⁷, além dos princípios de eticidade e moralidade que deveriam guiar a atuação estatal num Estado Democrático de Direito⁵²⁸.

⁵²⁵ STF, HC 97256/RS, rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010.

⁵²⁶ Na realidade, a Resolução n.º 5/2012 do Senado Federal suspendeu apenas a eficácia da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do artigo 33, § 4º da Lei de Drogas, sem haver menção à mesma vedação existente no artigo 44 da lei. No entanto, considerando que a resolução foi editada em razão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento citado, que abrangeu expressamente ambos os dispositivos legais, entende-se inexistir dúvidas acerca da possibilidade de aplicação de penas alternativas aos condenados por tráfico de drogas, conforme vem sendo reconhecido recentemente em inúmeros julgados.

⁵²⁷ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**, não paginado.

⁵²⁸ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 24.

Ainda nesse quadro, a Lei n.º 11.343/06 prevê também, no artigo 41, a delação premiada, determinando a redução de um a dois terços da pena imposta ao indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto da infração penal.

De acordo com Gomes, embora haja uma tendência do poder punitivo em utilizar a delação premiada com cada vez mais frequência, especialmente diante do atual modelo eficientista de justiça - em que razões utilitárias predominam sobre princípios éticos - e da crise que permeia a máquina investigativa do Estado, trata-se de um instituto eticamente reprovável, pois premia a traição, a falta de lealdade, e que pode acarretar abusos e incriminações infundadas⁵²⁹. Além disso, conforme destaca Zaffaroni, a impunidade ou mitigação da pena dos “colaboradores” viola a eticidade do Estado, que “está se valendo da cooperação de um delinqüente, comprada ao preço de sua impunidade para ‘fazer justiça’, o que o direito penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria”⁵³⁰.

Ainda em relação à minimização de garantias, a Lei de Drogas prevê, no artigo 59, praticamente reproduzindo a regra que então constava no artigo 594 do Código de Processo Penal, a qual foi revogada pela Lei n.º 11.719/2008, que no caso de condenação pelos crimes descritos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, a admissão do recurso de apelação estaria condicionada ao recolhimento do sentenciado à prisão, exceto se primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença.

Tal disposição, frontalmente contrária aos dispositivos constitucionais da presunção de inocência, da ampla defesa e do acesso ao duplo grau de jurisdição, embora permaneça formalmente em vigor, é considerada por vários doutrinadores como inválida⁵³¹ ou implicitamente revogada pela Lei n.º 11.719/2008⁵³², a qual afastou essa exigência do Código de Processo Penal, consagrando o entendimento de que o conhecimento do recurso de apelação independe da prisão do acusado⁵³³.

⁵²⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**, p. 200-207.

⁵³⁰ ZAFFARONI, E. Raúl. “Crime Organizado”, p. 59.

⁵³¹ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**, p. 254.

⁵³² KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**, não paginado.

⁵³³ Nesse sentido, o disposto no artigo 387, § 1º do Código de Processo Penal: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”.

Ademais, a Lei n.º 11.343/06 ainda lesiona a garantia do devido processo legal⁵³⁴ ao atribuir ao acusado, no artigo 60, § 1º, o encargo de comprovar a origem lícita dos bens ou valores submetidos, durante a persecução penal, à apreensão ou a medidas assecuratórias por constituírem, segundo “indícios suficientes”, produtos dos crimes relacionados às drogas ou proveito auferido com sua prática. Há, assim, uma indevida inversão do ônus da prova em desfavor do réu, vez que cabe a ele provar a proveniência lícita dos bens e não à acusação comprovar a suposta origem ilícita⁵³⁵.

Verifica-se, diante de todo o exposto, que a Lei n.º 11.343/06 determinou um intenso recrudescimento no tratamento punitivo destinado ao sujeito imputado pela prática do crime de tráfico de drogas no Brasil, podendo ser considerada (vez que a ênfase repressiva prevalece sobre o discurso preventivo), uma legislação de efetivo combate aos traficantes, que visa, com base na pretensa periculosidade que irradia da categoria de “traficante” abstratamente considerada, e não na culpabilidade do agente pelo crime concretamente praticado, mantê-los neutralizados pelo maior período de tempo possível, ainda que isso implique a violação de garantias essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Conforme visto, a atual Lei de Drogas antecipa a punibilidade para criminalizar, em diversos dispositivos legais, condutas que representam meros atos preparatórios, buscando evitar, com isso, fatos futuros, comina penas desproporcionalmente altas a certos tipos penais relacionados ao tráfico, determina a relativização e até mesmo a supressão de direitos e garantias fundamentais dos investigados, acusados e condenados pelo crime de tráfico, enfim, apresenta-se como legislação de combate ao tráfico ilícito.

Tais características permitem considerá-la uma clara manifestação de direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, destinando aos traficantes de drogas, com base em discursos legitimadores que os identificam como inimigos da sociedade, um tratamento jurídico de verdadeiro inimigo. E isso sem mencionar as inúmeras lesões a direitos ocorridas totalmente à margem da legalidade (diversamente daquelas mencionadas anteriormente, previstas na própria lei),

Também a súmula 347 do Superior Tribunal de Justiça: “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”.

⁵³⁴ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas**: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais, não paginado.

⁵³⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**, p. 301.

perpetradas com relativa frequência, como se tem notícia, pelos agentes de criminalização secundária no exercício da ação punitiva.

Embora tal situação venha sendo amenizada por uma louvável atuação garantista dos tribunais pátrios, muitos dos quais já vinham permitindo a aplicação, anteriormente às declarações de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, de certos institutos vedados pela Lei de Drogas com base em argumentações principiológicas, o discurso identificador do traficante como inimigo da sociedade (e legitimador de um tratamento jurídico nesse sentido) se mantém com todas as suas forças pelos movimentos de política criminal autoritária, sendo constantemente reforçado pela mídia.

Assim, apesar do notório fracasso das políticas criminais bélicas em alcançar o objetivo oficial de erradicação do tráfico e do consumo de drogas, insiste-se, no Brasil (seja ingenuamente, seja por razões obscuras), no recurso ao direito penal e na intensificação do punitivismo, aliado à minimização de direitos e garantias fundamentais, como principal resposta estatal ao fenômeno social das drogas e aos problemas que o envolvem, ainda que as vozes críticas venham se tornando cada vez mais frequentes.

4.3 A SELETIVIDADE NA CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA: OS VERDADEIROS INIMIGOS NA GUERRA ÀS DROGAS NO BRASIL

Os discursos legitimadores da política criminal de guerra às drogas, defensores do recrudescimento punitivo como instrumento mais eficaz de combate ao tráfico de substâncias psicoativas consideradas ilícitas, frequentemente apontam como destinatário do tratamento repressivo diferenciado o grande “narcotraficante”, identificado na figura de um criminoso violento, poderoso, bastante enriquecido em razão do comércio ilegal de drogas, integrante de complexa organização criminosa⁵³⁶ e apontado como responsável pelas mais diversas mazelas sociais.

No entanto, tais características geralmente não correspondem ao perfil dos indivíduos concretamente selecionados pelas agências executivas do sistema penal no processo de criminalização secundária. Com efeito, estas alcançam

⁵³⁶ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**, p. 11.

predominantemente os sujeitos situados no ponto final da cadeia do comércio ilegal de drogas, considerados “descartáveis” - vez que facilmente substituídos quando eliminados do mercado⁵³⁷ - e que, responsáveis pela venda de drogas no varejo, auferem parcelas ínfimas da totalidade dos lucros gerados pelo negócio ilegal⁵³⁸. Trata-se, com frequência, de indivíduos provenientes de camadas excluídas da população que, atraídos pela rentabilidade do negócio ilegal, veem nessa atividade a única oportunidade de melhoria do padrão de vida⁵³⁹.

Conforme assevera Zaccone, a partir de sua experiência como delegado de polícia, os sujeitos apreendidos e presos pelos aparelhos policiais em razão do suposto cometimento do crime de tráfico de drogas “são constituídos por homens e mulheres extremamente pobres, com baixa escolaridade e, na grande maioria dos casos, detidos com drogas sem portar nenhuma arma”⁵⁴⁰.

De acordo com o autor, em 2001, dos 1.810 casos de flagrantes de tráfico lavrados nas delegacias da cidade do Rio de Janeiro, apreenderam-se apenas 145 armas. No ano seguinte, em 1.625 flagrantes, foram apreendidas 89 armas. Percebe-se, a partir desses dados, que menos de 10% dos presos por tráfico portava arma quando da apreensão, o que permite não apenas afastar a imagem midiática do traficante como um indivíduo necessariamente violento e perigoso, mas também concluir, na esteira do que afirma Zaccone, que os inimigos recrutados pelo sistema penal correspondem ao setor mais inofensivo do comércio ilegal de drogas⁵⁴¹.

A concentração da repressão penal sobre a parcela menos significativa do tráfico ilícito também foi constatada por meio da pesquisa empírica “Prisão Provisória e Lei de Drogas”, realizada em 2011 no âmbito do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, em que foram analisados 667 autos de prisão em flagrante relativos ao crime de tráfico de drogas na cidade de São Paulo, no período de novembro de 2010 a janeiro de 2011, acompanhando-se os casos por cerca de cinco meses⁵⁴².

⁵³⁷ BOITEUX, Luciana *et. al.* **Tráfico de drogas e Constituição**, p. 86.

⁵³⁸ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**, p. 23.

⁵³⁹ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico**: uma guerra na guerra, p. 48-49.

⁵⁴⁰ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**, p. 11.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 117.

⁵⁴² JESUS, Maria Gorete Marques de. (Coord.). **Prisão Provisória e Lei de Drogas**: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. Sumário Executivo. Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. 38 p. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down254b.pdf>>. Último acesso em: 19/12/2013.

Nesse estudo, verificou-se que a grande maioria dos flagrantes ocorreu em via pública (82%), sendo apreendida a quantidade média de 66,5 gramas de droga por ocorrência. Em 69% dos casos foi apreendida uma única pessoa, sendo que em 74% das situações, as únicas testemunhas ouvidas foram os policiais que participaram da ocorrência. Em apenas 3% dos casos foi encontrada alguma arma e em somente 1,8% das situações houve alguma menção nos autos à expressão “organização criminosa”⁵⁴³.

Quanto ao perfil dos presos em flagrante, 87% eram do sexo masculino, 75,6% eram jovens na faixa etária entre 18 e 29 anos, 59% eram pardos ou negros e, em termos de escolaridade, cerca de 80% possuíam apenas o primeiro grau completo ou incompleto. Além disso, 57% dos indivíduos não apresentavam qualquer anotação negativa em sua folha de registros criminais e cerca de 61% tiveram sua defesa técnica promovida por Defensores Públicos⁵⁴⁴.

Outras pesquisas empíricas também chegaram a conclusões similares acerca do alvo primordial da política criminal de guerra às drogas no Brasil. Nesse sentido, concluiu-se, no relatório da pesquisa intitulada “Tráfico de drogas e Constituição”, a partir da análise de sentenças judiciais do Rio de Janeiro e de Brasília relacionadas ao crime de tráfico, que “somente os ‘descartáveis’ pequenos e microtraficantes, que representam os elos mais fracos da estrutura do comércio de drogas ilícitas sofrem a intensidade da repressão, e ainda recebem penas desproporcionais”⁵⁴⁵.

Da mesma forma, afirma Raupp, com base na análise de processos de delitos de tráfico ocorridos na vigência da Lei n.º 6.368/76, que a justiça criminal concentra suas atenções sobre o pequeno tráfico, aquele realizado no varejo. De acordo com a pesquisadora, o local de apreensão de drogas com maior incidência na pesquisa foram as favelas, a quantidade de droga encontrada, embora não fosse significativa, era bastante variável, e se tratava geralmente de acusados jovens, com baixa escolaridade e que em geral exerciam alguma atividade no mercado informal, demonstrando-se com isso que “é a ponta da cadeia na qual organiza-se o tráfico de drogas que é visto pela lente da justiça”⁵⁴⁶.

⁵⁴³ JESUS, Maria Gorete Marques de (Coord.). **Prisão Provisória e Lei de Drogas**, p. 11-21.

⁵⁴⁴ *Idem*.

⁵⁴⁵ BOITEUX, Luciana *et. al.* **Tráfico de drogas e Constituição**, p. 201.

⁵⁴⁶ RAUPP, Mariana. O (in)visível tráfico de drogas: um estudo de sociologia das práticas jurídicas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 80, ano 17, p. 346-369, set./out. 2009. p. 350-353.

Conforme explicam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, o processo seletivo de criminalização, por meio do qual o Estado seleciona um reduzido número de indivíduos para, submetendo-os à sua coação, aplicar-lhes uma sanção penal, divide-se em criminalização primária e criminalização secundária. Enquanto a primeira se refere à elaboração de leis penais materiais que criminalizam certas condutas, geralmente realizada pelas agências políticas, a criminalização secundária diz respeito à ação punitiva exercida pelas agências executivas do sistema penal sobre pessoas concretas de forma necessariamente seletiva⁵⁴⁷.

Com efeito, as agências de criminalização secundária, representadas pelos aparelhos policiais, promotores, juízes, agentes penitenciários, não possuem capacidade operativa para cumprir nem sequer uma parcela considerável do (extremamente) extenso programa punitivo estabelecido na criminalização primária, de forma que se considera natural que atuem de forma seletiva, correspondendo tal poder de seleção especialmente às agências policiais⁵⁴⁸.

A seletividade, portanto, é considerada um atributo estrutural e inevitável do sistema penal, que acaba atuando como um filtro, incidindo sobre os indivíduos que se encontram numa situação de vulnerabilidade ao poder punitivo, sendo esta diretamente proporcional à correspondência de suas características pessoais aos estereótipos criminais divulgados pelos meios de comunicação social⁵⁴⁹.

O estereótipo criminal, que consiste num dos principais critérios orientadores da atuação seletiva das agências do sistema penal, é composto, ainda segundo os autores citados, de características que dizem respeito a pessoas de posição social desvantajosa e menor escolaridade, cujos eventuais delitos, geralmente mais grosseiros, acabam recebendo maior atenção da mídia, o que contribui para reforçar preconceitos racistas e de classe. Dessa forma, fixa-se um estereótipo, uma imagem pública de criminoso, formada por elementos de classe social, faixa etária, etnia, gênero e até componentes estéticos⁵⁵⁰.

De acordo com Vera Malaguti Batista,

O estereótipo do bandido vai-se consumando na figura de um jovem negro, funkeiro, morador da favela, próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis,

⁵⁴⁷ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, p. 43.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 44-45.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 46-51.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 46.

boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda⁵⁵¹.

Tal figura do criminoso, fixada no imaginário social também em relação ao traficante de drogas, não apenas condiciona a atuação das agências penais no sentido de concentrar sua atuação seletiva sobre os setores sociais marginalizados, identificando nesses grupos os inimigos da sociedade (dentre todos aqueles, também de outras classes sociais, que praticam as condutas criminalizadas), mas se mostra determinante ainda para a tipificação do fato cometido pelo sujeito como tráfico ou porte de drogas para uso pessoal, vez que a legislação em vigor não apresenta critérios precisos de diferenciação.

Ademais, conforme explica Zaccone, outros fatores também contribuem para que a criminalização secundária pelo crime de tráfico de drogas se restrinja, em geral, aos indivíduos situados no nível hierárquico mais inferior (e, portanto, menos significativo) do comércio ilegal e pertencentes geralmente a estratos sociais excluídos.

Tais aspectos dizem respeito à visibilidade da infração (o tráfico de drogas realizado em espaços públicos ou em locais aos quais a polícia possui fácil acesso é mais visível do que aquele realizado em áreas residenciais de acesso privado), à incapacidade de os pequenos traficantes eventualmente se beneficiarem de práticas ilegais como a corrupção, diferentemente dos grandes traficantes, e à maior vulnerabilidade de tais indivíduos a arbitrariedades e violências⁵⁵² praticadas ilegalmente por agências de controle penal, tais como práticas de tortura, revistas domiciliares sem mandado, confissões forçadas, etc.

Isso não significa que o processo de criminalização secundária não possa, eventualmente, alcançar também os grandes produtores ou atacadistas de drogas ilícitas. No entanto, trata-se de situações completamente excepcionais⁵⁵³, como demonstram as pesquisas empíricas citadas anteriormente - as quais constataam a concentração da repressão sobre o pequeno tráfico - e que acabam contribuindo

⁵⁵¹ BATISTA, Vera Malaguti. **Dífíceis ganhos fáceis**, p. 36.

⁵⁵² D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**, p. 18-25.

⁵⁵³ BATISTA, Nilo. A violência do estado e os aparelhos policiais. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 145-154, 1997. p. 152.

para encobrir ideologicamente a seletividade do sistema penal, apontando-o como igualitário⁵⁵⁴.

Verifica-se do exposto, portanto, que o alvo principal da política criminal de guerra às drogas no Brasil, os indivíduos concretamente selecionados pelo sistema penal e apontados como os verdadeiros inimigos da sociedade, sujeitos a um tratamento penal, processual penal e penitenciário de direito penal do inimigo, correspondem a sujeitos que integram o setor menos significativo do comércio ilegal de drogas, que além de auferirem lucros insignificantes quando comparados com a totalidade dos rendimentos do negócio, são considerados totalmente descartáveis, pois facilmente substituíveis no mercado⁵⁵⁵.

Diante disso, a política criminal brasileira de combate às drogas parece totalmente ineficaz em seu intuito de erradicação do tráfico ilícito, vez que a criminalização se restringe aos pequenos traficantes, cuja atividade pouco interfere no negócio ilegal como um todo. Dessa forma, ao menos no que diz respeito aos seus objetivos declarados, o direito penal do inimigo voltado ao traficante de drogas no Brasil traduz-se num discurso retórico, destinado a produzir efeitos meramente simbólicos.

Por outro lado, ainda que inviável para a eliminação do tráfico ilegal, a guerra às drogas mostra-se bastante funcional, segundo diversos criminólogos críticos, para legitimar a manutenção e o recrudescimento do controle social penal sobre as classes sociais marginalizadas, consideradas potencialmente perigosas (inimigas) sob a ótica dos detentores do poder⁵⁵⁶, disciplinando-as e neutralizando-as, seja por

⁵⁵⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, p. 50.

⁵⁵⁵ Interessante, nesse ponto, a reflexão de Karam: “Por outro lado, os ditos “inimigos” desempenham esse único papel que lhes foi reservado. Em sua maioria, são meninos que empunham metralhadoras ou fuzis como se fossem o brinquedo que não têm ou não tiveram em sua infância. Sem condições de realizar o sonho ou a fantasia dos muitos meninos pobres brasileiros de algum dia se tornarem um jogador de futebol famoso; sem acesso a uma educação de qualidade; morando nos guetos em habitações precárias; sem oportunidades ou mesmo perspectivas de uma vida melhor, matam e morrem, envolvidos pela violência causada pela ilegalidade imposta ao mercado onde trabalham. Enfrentam a polícia nos confrontos regulares ou irregulares; enfrentam os delatores; enfrentam os concorrentes de seu negócio. Devem se mostrar corajosos; precisam assegurar seus lucros efêmeros, seus pequenos poderes, suas vidas. Não vivem muito e, logo, são substituídos por outros meninos igualmente sem esperanças. Reconhecidos apenas como os “narcotraficantes”, os “maus”, os “inimigos”, por uma sociedade que não os vê como pessoas, como se espantar com sua violência ou sua crueldade? Se seus direitos lhes são negados, como pretender que aprendam a respeitar os direitos alheios?” (KARAM, Maria Lúcia. “Guerra às drogas” e criminalização da pobreza, p. 692).

⁵⁵⁶ Nesse sentido, v. BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**, p. 134-135; BATISTA, Nilo. A violência do estado e os aparelhos policiais, p. 152; KARAM, Maria Lúcia. “Guerra às drogas” e criminalização da pobreza, p. 688; D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**, p. 129-130; CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**, p. 58-66.

meio do exercício de um poder configurador positivo, seja por meio da criminalização e do encarceramento em massa.

Aliás, um dos principais reflexos da repressão bélica ao tráfico de drogas no Brasil, assim como ocorre em diversos outros países que adotam o proibicionismo, consiste no constante aumento dos índices de encarceramento dos indivíduos identificados como inimigos pelas agências do sistema penal, agravando a crise do sistema carcerário brasileiro e contribuindo para a manutenção do quadro de exclusão social e inclusão prisional que, segundo Carvalho, caracteriza a atual política criminal do país⁵⁵⁷.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional referentes ao mês de dezembro de 2012, disponibilizados por meio do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen), a população carcerária brasileira é formada por 548.003 presos, atingindo a taxa de 287,31 presos a cada 100.000 habitantes. Analisando-se a quantidade de presos em relação ao crime imputado, verifica-se que há 138.198 presos pelo delito de tráfico de drogas, o que representa cerca de 25,22% da população carcerária⁵⁵⁸. Ou seja, estatisticamente, a cada 4 presos no país, um deles está encarcerado pela imputação de crime de tráfico de drogas.

Percebe-se, pelos dados analisados, que o crime de tráfico aparece em segundo lugar dentre aqueles com maior incidência, ficando atrás somente do crime de roubo que, somando-se os casos de roubo simples, qualificado e latrocínio, atinge o total de 163.482 presos, o que representa 29,83% do total de pessoas encarceradas⁵⁵⁹.

Embora o Departamento Penitenciário Nacional não disponibilize dados específicos relativos ao perfil dos presos pelo crime de tráfico de drogas, verifica-se das informações existentes a respeito das características da população carcerária em geral que ela é formada, em sua maioria, por homens pardos, com idade entre 18 a 24 anos, que possuem apenas o ensino fundamental incompleto⁵⁶⁰. Apesar de não se referirem particularmente ao delito de tráfico, constata-se que tais dados

⁵⁵⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 251.

⁵⁵⁸ INFOPEN. Brasília. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Último acesso em: 21/12/2013.

⁵⁵⁹ *Idem.*

⁵⁶⁰ *Idem.*

correspondem ao perfil dos pequenos traficantes selecionados pelo sistema penal, identificados concretamente como inimigos da sociedade.

De toda forma, o estudo dos dados disponibilizados evidencia o significativo papel desempenhado pela política criminal de guerra às drogas na manutenção e incremento das altas taxas de encarceramento existentes no Brasil.

4.4 A LÓGICA BÉLICA DE GESTÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA

Tendo como um dos objetivos deste trabalho demonstrar como o tratamento jurídico dos sujeitos imputados pela prática do crime de tráfico de drogas no Brasil pode ser considerado uma manifestação de direito penal do inimigo, não se poderia deixar de mencionar, ainda que sem o aprofundamento que um estudo específico acerca da segurança pública no Brasil exigiria, o caráter belicista presente nas estruturas nacionais de segurança pública, determinante para caracterizar a forma de atuação dos aparelhos policiais no que tange à manutenção da ordem pública.

Conforme mencionado no capítulo anterior, com a incorporação dos postulados ideológicos da doutrina da segurança nacional durante o regime militar, especialmente do conceito de “inimigo interno” (que sobreviveu ao fim da ditadura), aliada aos princípios da ideologia da defesa social, que vê o criminoso como ser daninho à sociedade, a partir de uma lógica maniqueísta de bem x mal, formou-se, no Brasil, um sistema repressivo militarizado voltado à eliminação ou neutralização dos indivíduos identificados como inimigos pelas agências do sistema penal.

Tal paradigma bélico de gestão da segurança pública, consolidado durante o período da ditadura militar⁵⁶¹ e vigente até a atualidade, caracteriza-se por uma indevida aproximação entre poder militar e poder punitivo, em que valores, crenças e concepções típicos da doutrina militar são incorporados à atuação das agências civis de controle do crime⁵⁶². Nesse quadro, a manutenção da ordem pública é concebida, segundo Karam, como uma questão de guerra interna, sendo os criminosos (ou até

⁵⁶¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 97.

⁵⁶² *Ibidem*, p. 110.

os suspeitos de cometerem infrações penais) vistos pelas agências policiais como inimigos a serem combatidos e eliminados, tal como numa verdadeira guerra⁵⁶³.

Ressalte-se que a ideia de militarização da segurança pública diz respeito a um modelo de atuação dos órgãos responsáveis pela ordem pública (não se restringindo à indevida participação das Forças Armadas em determinadas operações policiais ou às atividades da polícia militar, como o termo “militarização” poderia dar a entender⁵⁶⁴), pautado numa lógica bélica que, admitindo um exercício ilimitado do poder punitivo em nome do combate à criminalidade – inclusive com o uso de violência letal - acarreta a frequente violação de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos tidos como inimigos, transformando, segundo Serra e Zaccone, a eliminação de inimigos numa técnica de governabilidade⁵⁶⁵.

Diante disso, com base na concepção de que a justaposição de princípios do poder militar e do poder punitivo pode trazer graves riscos ao Estado Democrático de Direito, Batista afirma que:

Onde há guerra não pode haver direito. O militar é adestrado para o inimigo, o policial para o cidadão. Na estrutura militar, a obediência integra a legalidade; na policial, a legalidade é condição prévia da obediência. São formações distintas, dirigidas a realidades também distintas. O sistema de responsabilização é também diferente: não há ordens vinculantes para um policial, adstrito a aferir a legalidade de todas elas (num teatro de guerra, iniciativa similar significaria derrota certa).⁵⁶⁶

Como explica Karam, a violência punitiva realizada fora do direito, de forma ilegal, de que é exemplo a eliminação de suspeitos por agentes policiais, apenas reproduz e concretiza a ideologia hegemônica de que certas formas de criminalidade devem ser enfrentadas a qualquer custo, seja com leis excepcionais ou condenações arbitrárias, seja pela guerra contra os criminosos⁵⁶⁷.

⁵⁶³ KARAM, Maria Lúcia. Segurança pública e processo de democratização. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, p. 169-178, 1998. p. 177.

⁵⁶⁴ Nesse sentido, Serra e Zaccone entendem “como agências policiais militarizadas não somente a Polícia Militar, bem como as Polícias Cíveis (estaduais e federal), por tratar-se a militarização de um modelo e não somente de uma farda”. (SERRA, Carlos Henrique Aguiar; ZACCONE, Orlando. Guerra é paz: os paradoxos da política de segurança de confronto humanitário. In: BATISTA, Vera Malaguti (Coord.). **Paz Armada**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 23-46. p. 30).

⁵⁶⁵ *Idem*.

⁵⁶⁶ BATISTA, Nilo. Ainda há tempo de salvar as Forças Armadas da cilada da militarização da segurança pública. In: BATISTA, Vera Malaguti (Coord.). **Paz Armada**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 47-54. p. 51-52.

⁵⁶⁷ KARAM, Maria Lúcia. Segurança pública e processo de democratização, p. 175.

Nesse contexto, os discursos identificadores do traficante de drogas como inimigo da sociedade, amplamente divulgados pela mídia, desempenham um papel fundamental, vez que legitimam e potencializam a atuação bélica dos aparelhos estatais de segurança pública, geralmente direcionada às populações marginalizadas, de onde é selecionada a maior parte dos indivíduos que caem nas redes do sistema penal das drogas.

Como visto no capítulo anterior, o tema das drogas ilícitas mostra-se bastante profícuo para a “cultura do inimigo interno”, ainda mais considerando a existência de uma multiplicidade de discursos, baseados nos mais diversos critérios, a respeito da questão, tais como discursos religiosos, morais, sanitários, farmacológicos, etc.⁵⁶⁸, os quais, somados à imprecisão do termo “droga”, muitas vezes propagam informações distorcidas e maniqueístas que contribuem para rotular as drogas ilícitas – desconsiderando suas diferenças - como um “mal universal” e os traficantes como “inimigos globais”, diretamente responsáveis pela maior parte dos males sociais.

Segundo Batista, após a Guerra Fria, em que chegaram inclusive a ser identificadas como estratégia comunista para deturpar os valores ocidentais, as drogas tornaram-se o eixo central de uma nova guerra contra o crime organizado⁵⁶⁹. Nesse contexto, o pânico moral existente em torno do consumo de drogas, a ampliação dos mercados internacionais ilícitos e de sua expressividade econômica – decorrente, em grande parte, da própria criminalização -, sua interação financeira com o mercado lícito, a violência inerente às operações de tráfico, a atuação do poder midiático, etc., permitiram identificar o traficante como verdadeiro inimigo da sociedade, justificando assim a adoção, em relação ao tráfico de drogas, de uma “política criminal com derramamento de sangue”⁵⁷⁰.

Dessa forma, legitima-se, no que tange ao traficante de drogas, não apenas a instituição de um tratamento penal, processual penal e penitenciário com características de direito penal do inimigo, como se verificou pela análise da legislação existente a respeito do tráfico no Brasil, mas também a manutenção de um modelo militarizado de gestão da segurança pública, que admite, muitas vezes com o incentivo da mídia, a utilização de práticas violentas, tortura e até mesmo o

⁵⁶⁸ BATISTA, Nilo. A violência do estado e os aparelhos policiais, p. 151.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 151-152.

⁵⁷⁰ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue, p. 146.

extermínio de inimigos⁵⁷¹ (personificados principalmente na figura dos varejistas de drogas), num contexto informal de guerra totalmente incompatível com os princípios e fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

Exemplo disso são as recentes operações de ocupação policial e “pacificação” de favelas do Rio de Janeiro, levadas a cabo com o objetivo, segundo o discurso oficial, de “reconquistar os territórios dominados pelo tráfico” para trazer paz e segurança às comunidades, e realizadas em certos casos por meio da utilização de equipamentos bélicos e apoio das Forças Armadas nacionais (num formato de guerra, portanto)⁵⁷², em que se verificou, de forma bastante evidente, a incompatibilidade da política bélica de segurança pública com o respeito aos direitos e garantias individuais assegurados constitucionalmente.

Além de mostrar-se inócua no que tange à redução ou erradicação do mercado ilegal de drogas (cuja lucratividade parece aumentar proporcionalmente ao recrudescimento da repressão pelas agências penais de controle do crime⁵⁷³), a guerra ao tráfico de substâncias psicoativas consideradas ilícitas, representada tanto pelo tratamento jurídico de inimigo conferido aos sujeitos imputados pelo crime de tráfico quanto pela lógica bélica de gestão da segurança pública, apresenta sérios riscos ao Estado Democrático de Direito.

⁵⁷¹ Nesse sentido, afirma Karam que “no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, nos últimos anos, uma média de vinte por cento dos homicídios – ou seja, um em cada cinco – tem sido resultado de execuções sumárias em operações policiais nas favelas”. (KARAM, Maria Lúcia. “Guerra às drogas” e criminalização da pobreza, p. 691).

⁵⁷² BATISTA, Vera Malaguti. O Alemão é muito mais complexo. In: _____. (Coord.). **Paz Armada**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 55-102. p. 66. Para amplas críticas a respeito do processo de “pacificação” de favelas do Rio de Janeiro, v. o conjunto de artigos reunidos na referida obra.

⁵⁷³ Segundo Batista, a partir das lições de Choiseul Praslin, o mercado das drogas ilícitas “tem na criminalização a matéria-prima de sua expressão econômica, e no desempenho das agências penais o fator essencial da variação de seus preços”. (BATISTA, Nilo. A violência do estado e os aparelhos policiais, p. 152).

5. A INSUSTENTABILIDADE DA POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA AO TRÁFICO DE DROGAS: A NECESSIDADE DE REFLEXÃO ACERCA DE MODELOS ALTERNATIVOS

Conforme se buscou demonstrar ao longo dos capítulos anteriores, o Brasil, em consonância com as diretrizes emanadas das convenções das Nações Unidas em matéria de drogas, adota uma política criminal de guerra contra o tráfico de substâncias psicoativas consideradas ilícitas, conformada por discursos autoritários identificadores do traficante de drogas como inimigo da sociedade e defensores da implementação de medidas cada vez mais repressivas em face do mercado ilegal de drogas, ainda que isso implique a violação de direitos e garantias fundamentais.

No entanto, o tratamento jurídico de inimigo destinado aos traficantes, evidenciado pela análise da legislação brasileira de drogas, e a lógica bélica de gestão da segurança pública, justificada frequentemente pela necessidade de combate ao tráfico ilícito, não apenas mostram-se ineficazes para reduzir o comércio e o consumo ilegais de drogas, mas geram inúmeras consequências negativas, extremamente danosas (inclusive à saúde pública) e que representam um sério risco à manutenção do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, o presente capítulo busca contribuir para a consolidação de discursos críticos em face da política criminal de guerra ao tráfico de drogas adotada no Brasil (e em muitos outros países), contrapondo-se não apenas ao direito penal do inimigo concretamente existente no país em relação aos sujeitos imputados pela prática de tráfico de drogas, mas repensando os efeitos negativos da própria criminalização de determinadas substâncias psicoativas, para que seja possível refletir acerca da adoção de modelos alternativos de controle sobre as drogas, mais condizentes com o respeito aos direitos e garantias fundamentais assegurados num Estado de Direito.

5.1 O FRACASSO DA GUERRA ÀS DROGAS NA ERRADICAÇÃO DO MERCADO ILEGAL

Como já mencionado anteriormente, a criminalização de condutas que abarcam todo o circuito (da produção ao consumo) de determinadas drogas reputadas como ilegais tem por objetivo, nos termos do discurso oficial, tutelar o bem jurídico saúde pública, buscando atingir “um mundo livre de drogas” por meio da intervenção do sistema penal.

O modelo proibicionista de guerra às drogas ilegais (especialmente aos traficantes de drogas), contudo, apesar da contínua intensificação da repressão ao longo das décadas, tem se mostrado pouco eficaz na redução da oferta e da demanda por substâncias psicoativas ilícitas, razão pela qual a doutrina crítica parece unânime em reconhecer o fracasso dessa política criminal ao menos no que diz respeito ao alcance de suas finalidades declaradas⁵⁷⁴. Não é à toa que diversos países têm revisado suas políticas de drogas, passando a adotar modelos alternativos à criminalização das inúmeras condutas relacionadas a tais substâncias.

De todo modo, para que se possa compreender os escassos efeitos da repressão penal bélica no que tange à redução ou erradicação do tráfico ilegal de drogas, parece imprescindível analisar tal mercado ilegal a partir de uma lógica econômica, visto que o tráfico consiste efetivamente numa atividade dessa natureza, ainda que sujeita a determinadas variáveis específicas decorrentes da criminalização⁵⁷⁵.

Como explica Karam, similarmente ao que ocorre com a circulação de bens e serviços lícitos, o mercado ilegal de drogas encontra-se sujeito, de modo geral, aos princípios que regem as relações econômicas numa formação social capitalista, tais como o aproveitamento da demanda e a busca pela acumulação de capital⁵⁷⁶. Entretanto, a criminalização provoca diversas alterações nas regras gerais de funcionamento do mercado de drogas, implicando, por exemplo, um substancial (e artificial) aumento do preço das mercadorias, quando comparado ao preço que teriam caso se tratasse de um mercado lícito⁵⁷⁷.

Além dos custos inerentes à fabricação e à circulação das drogas, o preço final de tais mercadorias consideradas ilícitas inclui também os custos potenciais

⁵⁷⁴ Nesse sentido, v., a título exemplificativo: BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga. In: MESQUITA, Fábio; BASTOS, Francisco Inácio. (Orgs.). **Drogas e Aids: Estratégias de redução de danos**. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 21-43; RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas, p. 141; ARGUELLO, Katie. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal, p. 3597.

⁵⁷⁵ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 35-36.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 36-37.

⁵⁷⁷ BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 35.

derivados de eventuais perdas sofridas em razão da atividade das agências repressivas, despesas com segurança (que deve ser reforçada, por se tratar de um negócio ilegal) e com a atuação clandestina, corrupção (favorecida pela ilegalidade), além de outros acréscimos decorrentes da própria situação de ilicitude, tornando-se assim artificialmente elevado⁵⁷⁸. Nesse contexto, a intensificação da repressão e os eventuais êxitos das agências do sistema penal constituem fatores determinantes para a oscilação dos preços das mercadorias ilegais⁵⁷⁹.

Como consequência direta do aumento artificial do preço, os lucros gerados pelo comércio ilegal também são muito mais altos⁵⁸⁰ (até mesmo pela inexistência de obrigações tributárias, trabalhistas⁵⁸¹, previdenciárias, etc., que determinam um abatimento considerável nos rendimentos de empresas lícitas), o que contribui para tornar o negócio extremamente atrativo, de modo que os indivíduos nele envolvidos são prontamente substituídos por outras pessoas quando afastados do mercado por qualquer motivo⁵⁸², sem que ocorra interrupção do fornecimento.

Ademais, deve-se ressaltar que se trata de uma atividade econômica que atende a uma demanda de grandes proporções que faz parte da própria história da humanidade⁵⁸³, visto que o consumo de drogas esteve (e se mantém) presente na maior parte das diferentes culturas existentes⁵⁸⁴. Embora a presente dissertação não tenha como objeto de estudo a questão do uso de drogas, acreditar na eficácia da criminalização (que parte, muitas vezes, de uma perspectiva equivocada do fenômeno das drogas, como a falsa vinculação entre usuário e dependente⁵⁸⁵) como instrumento de erradicação do consumo parece ingenuidade, ainda mais em se considerando que o uso de drogas constitui uma atividade extremamente complexa,

⁵⁷⁸ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 36.

⁵⁷⁹ BATISTA, Nilo. A violência do estado e os aparelhos policiais, p. 152.

⁵⁸⁰ Evidentemente, os lucros alcançados pelos indivíduos situados nas posições mais destacadas da hierarquia do comércio ilegal de drogas são incomparavelmente mais elevados que os ganhos obtidos por aqueles que ocupam a ponta do tráfico ilegal. No entanto, mesmo para as pessoas situadas nessa extremidade, especialmente no que diz respeito aos indivíduos pertencentes a camadas sociais excluídas, os lucros decorrentes da atividade ilegal são geralmente bem mais altos (e aparentemente mais fáceis) que o valor que obteriam desempenhando uma atividade econômica lícita. Nesse sentido, interessante o documentário “Notícias de uma guerra particular”, de 1999, produzido por João Moreira Salles e Katia Lund.

⁵⁸¹ ARGUELLO, Katie. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal, p. 3597.

⁵⁸² KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 37.

⁵⁸³ KARAM, Maria Lúcia. “Guerra às drogas” e criminalização da pobreza, p. 692.

⁵⁸⁴ Nesse sentido, v. CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 236, citando obras de Ruth Gauer e Joel Birman.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 237.

que envolve causas, efeitos e finalidades completamente heterogêneos, conforme se verifica pela ampla diversidade de experiências existentes na realidade⁵⁸⁶.

De acordo com o sumário executivo do Relatório Mundial sobre Drogas 2013 divulgado pela ONU, apesar de todos os esforços empreendidos na guerra contra as substâncias psicoativas ilícitas, o consumo mundial de drogas tradicionais, de forma geral, tem se mantido estável, ainda que com oscilações conforme o tipo de droga e o país ou região⁵⁸⁷. A contínua existência desse mercado consumidor não apenas aponta para o fracasso da política bélica de drogas na redução do consumo ilegal, mas também se mostra fundamental para a manutenção da produção e do tráfico ilícitos, vez que, seguindo a lógica da economia de mercado, onde há demanda também existirá oferta (mesmo que a repressão seja bastante intensa⁵⁸⁸, visto tratar-se de um mercado altamente lucrativo).

Nesse sentido, o referido relatório indica expressamente a preocupação das autoridades da ONU com novas rotas do tráfico internacional de drogas, inclusive por vias marítimas⁵⁸⁹, parecendo ser possível concluir, a partir da análise de dados referentes à produção, tráfico e consumo de drogas ilícitas em diversas regiões do mundo, que a redução da oferta de certas drogas ilegais em determinados países acaba sendo compensada pelo crescimento do mercado em outros.

Especificamente em relação ao Brasil, o relatório aponta para um aumento substancial do uso de cocaína entre a população e para a importância do país como rota de trânsito do tráfico internacional desta droga⁵⁹⁰, o que sugere a escassa eficácia da política bélica de combate às drogas implementada nacionalmente.

Longe do objetivo de alcançar um mundo livre de substâncias psicoativas ilícitas, a política criminal de guerra ao tráfico de drogas parece produzir somente algumas interferências no mercado ilegal, como o deslocamento geográfico das

⁵⁸⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 235.

⁵⁸⁷ ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME (UNODC). **Relatório Mundial sobre Drogas 2013: Sumário Executivo**. 2013. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/WDR/2013/Sumario_Executivo_Portugues_FINAL.pdf>. Último acesso em: 05/01/2014.

⁵⁸⁸ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 37.

⁵⁸⁹ ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME (UNODC). **Relatório Mundial sobre Drogas 2013: Sumário Executivo**, p. 2-3.

⁵⁹⁰ ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME (UNODC). **Relatório Mundial sobre Drogas 2013: Referências ao Brasil**. 2013. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/WDR/2013/PT-Referencias_BRA_Portugues.pdf>. Último acesso em: 05/01/2014.

atividades de produção e circulação em razão da repressão⁵⁹¹, sem, contudo, provocar seu arrefecimento, tanto no que diz respeito à demanda quanto à oferta. Nesse sentido, afirma Baratta que:

Não obstante os êxitos acerca dos quais os meios de comunicação em massa nos trazem informações contínuas – detenções, confisco de substâncias – não é possível observar em uma escala mundial um impacto apreciável da repressão penal sobre a circulação nacional e internacional da droga e sobre o consumo. Segundo cálculos dos especialistas, a ação da justiça penal subtrai ao mercado uma porcentagem correspondente a 5 a 10% do total de substâncias ilícitas circulantes. Mesmo com o máximo esforço e nas melhores condições possíveis, o impacto da ação da justiça penal sobre a oferta de droga não poderia ultrapassar o dobro desta porcentagem. Portanto, a ação da justiça penal não pode modificar de modo relevante os atuais problemas da toxicodependência.⁵⁹²

Ademais, outro reflexo importante da criminalização no mercado de drogas consiste na inexistência de qualquer regulamentação das atividades dos agentes envolvidos e na completa ausência de controle de qualidade sobre as substâncias psicoativas comercializadas, elevando assim as possibilidades de adulteração e existência de impurezas e gerando incertezas acerca do potencial tóxico dos produtos consumidos⁵⁹³, o que pode ocasionar overdoses e envenenamentos acidentais⁵⁹⁴.

Nesse contexto, o intenso combate às substâncias psicoativas consideradas ilícitas pode determinar o surgimento de novas drogas mais lucrativas e/ou mais potentes. De acordo com Karam, o enfoque da repressão sobre determinadas drogas, reduzindo sua oferta, atua como incentivo para que os sujeitos envolvidos no comércio e consumo ilegal busquem novas substâncias psicoativas, o que pode ser exemplificado, segundo a autora, pela introdução do “crack” no final dos anos 80⁵⁹⁵.

Aliás, atualmente, uma das principais preocupações do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, expressa no sumário executivo do Relatório Mundial sobre Drogas 2013, consiste exatamente no aparecimento e rápida disseminação de

⁵⁹¹ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 37.

⁵⁹² BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 31.

⁵⁹³ KARAM, Maria Lúcia. “Guerra às drogas” e criminalização da pobreza, p. 694. Diante disso, critica a autora: “Nesse ponto já se pode constatar um dos maiores paradoxos da proibição: a ilegalidade significa exatamente a falta de qualquer controle sobre o supostamente indesejado mercado”.

⁵⁹⁴ MIRON, Jeffrey A. **Drug War Crimes: The Consequences of Prohibition**. Oakland: The Independent Institute, 2004. E-book. capítulo 2, p. 13.

⁵⁹⁵ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 37-38.

novas substâncias psicoativas que, não compreendidas nas listas de controle internacional e nacional, têm sido comercializadas como produtos lícitos⁵⁹⁶, apesar de seus efeitos primários serem, em muitos casos, praticamente desconhecidos.

Conforme consta no relatório, em meados de 2012 já havia sido notificado ao Escritório da ONU o surgimento de 251 novas substâncias psicoativas, o que representa um aumento de mais de 50% em relação às 166 novas substâncias comunicadas até o final de 2009. Com isso, o número de novas substâncias psicoativas chegou a exceder a totalidade daquelas submetidas ao controle internacional, que inclui 234 substâncias⁵⁹⁷.

Tais circunstâncias tornam evidente o completo fracasso da criminalização em relação ao objetivo de proteção da saúde pública por meio da erradicação das drogas ilegais, visto que o próprio proibicionismo atua como incentivador da fabricação, circulação e consumo de outras substâncias psicoativas não controladas, muitas vezes mais baratas e potentes, além de possivelmente mais nocivas à saúde do consumidor que as drogas consideradas ilegais. Dessa forma, a partir do momento em que uma determinada substância psicoativa se torna ilícita, outras variantes poderão ser sinteticamente produzidas, formando um círculo vicioso cujo funcionamento certamente não sofre impedimentos em razão do proibicionismo.

Pelo contrário, a política de guerra contra as drogas acaba contribuindo para aumentar a lucratividade do mercado ilegal, estimulando sua expansão⁵⁹⁸, e para diversificar as mercadorias psicoativas disponíveis aos consumidores, além de acarretar o recrudescimento da violência e da corrupção de agentes estatais.

No que diz respeito à violência, a intervenção do sistema penal no mercado de drogas - realizada por meio da criminalização de todo o seu ciclo - determina um substancial aumento de seus índices, vez que, tratando-se de um mercado ilícito, os agentes que nele atuam recorrem a atitudes violentas não apenas como forma de resistir à repressão estatal, mas também para solucionar os eventuais conflitos

⁵⁹⁶ ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME (UNODC). **Relatório Mundial sobre Drogas 2013**: Sumário Executivo, p. 7-12.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 7.

⁵⁹⁸ De acordo com Karam, "(...) o mercado das drogas tornadas ilícitas é hoje a maior fonte de ganhos ilícitos (...). São bilhões de dólares que circulam nesse mercado. A Organização das Nações Unidas (ONU) estima em US\$ 500 bilhões anualmente. Assim como a violência, a corrupção também é um acompanhante necessário das atividades econômicas que se realizam no mercado posto na ilegalidade". ("Guerra às drogas" e criminalização da pobreza, p. 692).

decorrentes de sua atividade econômica, tendo em vista a completa inexistência de regulamentação do mercado e a impossibilidade de acesso à jurisdição estatal⁵⁹⁹.

Ademais, a ilegalidade do mercado, segundo Karam, concorre para sustentar o mercado de armas - vistas por alguns dos indivíduos envolvidos como necessárias para a manutenção da segurança do negócio - e induz parcela dos usuários à prática de condutas ilegais para a aquisição de drogas, tanto em razão dos preços artificialmente elevados quanto da estigmatização e marginalização decorrentes da criminalização, que facilitam, ainda de acordo com a autora, a superação de barreiras psicológicas inibidoras do cometimento de ilícitos ou mesmo obstaculizam o acesso a recursos lícitos⁶⁰⁰.

Diante desse panorama, afirma a citada criminóloga que a violência não é inerente às atividades de produção e distribuição de drogas, não decorre das drogas em si, mas deriva sim (ao menos em grande parte) da ilegalidade imposta pelo Estado ao mercado, que determina também a estigmatização dos sujeitos envolvidos no negócio ilícito⁶⁰¹. Aliás, no caso dos indivíduos imputados pelo delito de tráfico de drogas, o estigma é ainda mais acentuado⁶⁰², já que, identificados discursivamente como os grandes responsáveis pela disseminação deste “mal universal” que constituem as drogas ilícitas, tais sujeitos são apontados não apenas como “criminosos”, mas como “narcotraficantes”, como “inimigos”, não merecedores dos mesmos direitos garantidos aos “cidadãos de bem”.

Tais discursos autoritários, estimulados por toda a carga negativa decorrente da estigmatização dos indivíduos selecionados pelo sistema penal como “traficantes”, legitimam, conforme afirmado previamente, a adoção de medidas extremamente rigorosas e até mesmo ilegais como forma de combate ao tráfico de drogas, gerando mortes, prisões, tortura, violação de direitos e garantias constitucionais, enfim, potencializando a violência presente nesse mercado marcado pela ilegalidade.

Verifica-se, portanto, que a política criminal de guerra ao tráfico de drogas, tanto no Brasil quanto mundialmente, vem se mostrando ineficaz no sentido de reduzir/erradicar o consumo, a produção ou o comércio ilegal de drogas, causando,

⁵⁹⁹ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 39-40; AMBOS, Kai. Razones del fracaso del combate internacional a las drogas y alternativas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 41, ano 11, p. 9-43, jan./mar. 2003.

⁶⁰⁰ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 42.

⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 40-43.

⁶⁰² *Ibidem*, p. 43.

pelo contrário, inúmeras alterações danosas, tais como a elevação da lucratividade e o incremento da violência, nas regras gerais de funcionamento do mercado de substâncias psicoativas consideradas ilícitas.

5.2 OS CUSTOS SOCIAIS DO PROIBICIONISMO BÉLICO EM MATÉRIA DE DROGAS

Além da interferência promovida pela política criminal de guerra às drogas no funcionamento do mercado de substâncias psicoativas reputadas como ilícitas, abordada no item antecedente, a criminalização da produção, distribuição e consumo de drogas gera uma série de outros efeitos nocivos, denominados, de acordo com Baratta, de “custos sociais da criminalização da droga”⁶⁰³ (expressão que inclui os efeitos mencionados anteriormente), que acabam sendo potencializados diante dos parâmetros bélicos que pautam a atuação repressiva das agências penais.

Segundo o referido autor, as drogas produzem efeitos primários, que são aqueles decorrentes de sua própria natureza, provocados tanto pelo uso de drogas lícitas quanto ilícitas, e que podem ser positivos ou negativos⁶⁰⁴ (exemplo de efeitos negativos são os danos à saúde do usuário e o risco de dependência); e efeitos secundários, que correspondem aos custos sociais da criminalização, os quais derivam essencialmente da própria criminalização e da reação social informal negativa (condicionada pela proibição e impulsionada pela mídia), sendo todos – dentre os conhecidos até o momento – aparentemente prejudiciais ao indivíduo e/ou à sociedade⁶⁰⁵.

Ressalte-se que a reflexão acerca dos efeitos secundários mostra-se de extrema relevância para o estudo e avaliação da política criminal de guerra contra as drogas, vez que, conforme assevera Carvalho, na maioria dos casos a

⁶⁰³ BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 28.

⁶⁰⁴ Segundo Baratta, nem todos os efeitos primários decorrentes das substâncias psicoativas são prejudiciais. Na realidade, afirma o autor que a qualidade de tais efeitos (se positivos ou negativos) não depende apenas das características farmacológicas das drogas, mas também de fatores relacionados ao modo de consumo, à situação do consumidor, ao contexto social, etc. (*Idem*).

⁶⁰⁵ *Idem*.

criminalização gera mais riscos e danos individuais e sociais que as próprias drogas em seus efeitos primários⁶⁰⁶.

Diante disso, busca-se apresentar, sem pretensão de esgotar o tema, alguns dos principais efeitos secundários ocasionados pela criminalização em relação aos usuários de drogas, aos sistemas assistencial e de tratamento e informativo-educacional de controle de drogas, ao sistema econômico-financeiro e, finalmente, ao sistema penal e carcerário. Frise-se que a esses efeitos devem ser somadas as consequências negativas da criminalização sobre o mercado de drogas, já referidas no item anterior.

No que diz respeito aos consumidores de drogas, estes têm sido tratados pelas políticas proibicionistas implementadas pelos mais diversos países, de modo geral, ora como criminosos (ainda que com sanções penais mais brandas que os traficantes), ora como doentes que, vistos como “escravos das drogas”, devem ser encaminhados a tratamento, até mesmo compulsório⁶⁰⁷. De uma forma ou de outra, tais indivíduos sofrem uma massiva estigmatização, causando isolamento social e marginalização, além de importantes reflexos em sua condição psíquica e em seu ambiente social imediato⁶⁰⁸.

Contudo, importante indicar a ressalva de Baratta, nesse ponto, no sentido de que tais custos sociais estão desigualmente distribuídos na sociedade, não incidindo sobre inúmeros consumidores de substâncias psicoativas ilícitas que, participantes de “mundos discretos da droga”, mantêm intacta sua identidade social⁶⁰⁹.

De todo modo, deve-se destacar que muitos dos efeitos decorrentes da criminalização são, com frequência, indevidamente percebidos por estudiosos do tema como efeitos primários, o que gera diversas distorções na compreensão dos problemas sociais que envolvem o consumo de drogas. Na realidade, ainda de acordo com o criminólogo italiano, a maior parte dos efeitos mais danosos à saúde e à identidade social dos usuários se relaciona às condições de realização do consumo no contexto de proibição⁶¹⁰.

Além de inexistir qualquer controle de qualidade sobre as drogas, vez que se trata de um mercado ilegal, a clandestinidade do consumo, muitas vezes realizado

⁶⁰⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 239. No mesmo sentido, KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 43.

⁶⁰⁷ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**, p. 107-108.

⁶⁰⁸ BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 29-30.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 30-31.

⁶¹⁰ *Ibidem*, p. 29.

de forma descuidada e em locais com péssimas condições de higiene, traz riscos adicionais aos efeitos primários das drogas, exemplificados pela facilitação da transmissão de doenças infectocontagiosas como o HIV e a hepatite. Ademais, sustenta Baratta que os preços artificialmente elevados das drogas favorecem o envolvimento de alguns consumidores em contextos criminais com a finalidade de adquiri-las⁶¹¹.

Ademais, a criminalização ainda se mostra prejudicial aos usuários e dependentes de drogas na medida em que inibe a procura por serviços de assistência e tratamento. Levados a ocultar sua condição de consumidores diante da clandestinidade imposta pelo proibicionismo, os indivíduos envolvidos com o consumo problemático de drogas acabam evitando o contato com profissionais de saúde ou assistência social que poderiam auxiliá-los em razão do temor em revelar a prática de condutas ilícitas⁶¹², com suas possíveis consequências.

Verifica-se, com isso, que a política criminal proibicionista em matéria de drogas gera também efeitos negativos no que tange ao funcionamento dos sistemas assistencial e de tratamento relativos ao consumo de drogas. Como adverte Carvalho, “a resposta penal (...) expropria a situação problemática do campo da saúde e da educação pública, inviabilizando o acesso livre às instâncias provedoras do Estado”⁶¹³.

A própria previsão, em determinadas legislações proibicionistas, de tratamento compulsório aos usuários e/ou dependentes, é bastante criticada por alguns autores, tanto pela equivocada associação entre uso e toxicomania (além de toda a discussão envolvendo a inconstitucionalidade da criminalização do consumo) quanto pela ausência de voluntariedade e interação do paciente com o tratamento, imposto de forma vertical e numa lógica coercitiva⁶¹⁴.

Além disso, ainda em relação à assistência e tratamento, a lógica proibicionista, fundada em valores morais que consagram o ideal de abstinência, cria resistências ou até inviabiliza a adoção de determinadas ações terapêutico-assistenciais e estratégias baseadas no paradigma da redução de riscos e danos⁶¹⁵. Conforme esclarecem Weingardt e Marlatt, embora os programas de redução de

⁶¹¹ BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 29.

⁶¹² KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 50.

⁶¹³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 244.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 297.

⁶¹⁵ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 50.

danos sejam compatíveis, em graus variados, com as mais diversas políticas de drogas, inclusive o proibicionismo, sua concretização vai se tornando mais fácil com o contínuo afastamento de políticas de “proibição total” em direção à legalização⁶¹⁶.

Aliás, a criminalização de inúmeras condutas relacionadas a determinadas substâncias psicoativas, conforme o nível de controle a que estão submetidas, dificulta até mesmo sua utilização para finalidades terapêuticas, como é o caso da maconha⁶¹⁷ que, segundo diversos estudos científicos, a partir de sua capacidade de aliviar dores e náuseas, poderia ser empregada no tratamento de doenças como câncer, Aids, esclerose múltipla, glaucoma, etc.⁶¹⁸, como já vem sendo realizado em alguns países. Em tais situações, a alegada tutela do bem jurídico saúde pública acaba por obstaculizar a adequada proteção da saúde concreta de inúmeros indivíduos que poderiam ser beneficiados pelo uso médico de substâncias psicoativas consideradas ilícitas.

Em relação ao sistema informativo-educacional, ressalta-se que, a partir da pretensão de total erradicação do consumo de drogas ilegais, vistas como um “mal universal” a ser duramente combatido, muitas das atividades pedagógicas ou publicitárias realizadas no contexto da política criminal proibicionista empregam uma metodologia inadequada, gerando nos destinatários uma atitude de afastamento e recusa da mensagem transmitida⁶¹⁹.

Exemplo disso consiste na realização de campanhas impositivas de atitudes de total abstinência, com a utilização de slogans da espécie “diga não às drogas”, que tratam todas as substâncias psicoativas ilícitas de forma equivalente, desconsiderando suas diferentes propriedades e variadas formas de consumo, ou que conformam um discurso de pânico em relação às drogas, trazendo imagens de degradação física e/ou psicológica de pessoas como se isso representasse a condição de vida da totalidade dos usuários⁶²⁰.

A percepção, pelos destinatários das campanhas, da pouca credibilidade desse discurso excessivamente generalizador acaba levando à desconsideração da mensagem como um todo, inclusive das recomendações e advertências acerca de

⁶¹⁶ WEINGARDT, Kenneth R.; MARLATT, G. Alan. Redução de Danos e Políticas Públicas. In: MARLATT, G. Alan. **Redução de Danos: Estratégias práticas para lidar com comportamentos de alto risco**. Trad. Daniel Bueno. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 245-265. p. 257-259.

⁶¹⁷ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 51.

⁶¹⁸ MIRON, Jeffrey A. **Drug War Crimes**, capítulo 2, p. 19.

⁶¹⁹ BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 34-35; KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 48.

⁶²⁰ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 48.

riscos e danos à saúde que efetivamente podem advir do consumo de substâncias psicoativas, inclusive daquelas consideradas lícitas⁶²¹.

Outrossim, a própria clandestinidade que envolve o consumo de drogas ilegais pode inibir o diálogo e a procura por esclarecimentos, principalmente entre adolescentes e familiares ou educadores, além de que o enfoque exclusivo em torno das drogas ilícitas pode acarretar a despreocupação com os efeitos danosos derivados do uso de substâncias psicoativas não proibidas⁶²².

Por sua vez, além dos efeitos causados pelo proibicionismo especificamente no mercado de drogas, ampliados em virtude da intensidade da repressão implementada num contexto de guerra contra essas substâncias - abordados anteriormente -, tal política criminal também gera relevantes implicações econômicas, especialmente diante dos elevados custos de manutenção do sistema repressivo.

De acordo com o economista Jeffrey A. Miron, professor da Universidade de Harvard, nos últimos anos o governo norte-americano tem investido mais de US\$ 33 bilhões de dólares anualmente na manutenção do programa proibicionista⁶²³, o que significa um comprometimento bastante significativo de recursos econômico-financeiros que, evidentemente, deixam de ser destinados para outras finalidades com resultados (mais) eficazes.

Aliás, afirma Carvalho, a partir de outras pesquisas desenvolvidas por Miron, que a descriminalização da maconha nos Estados Unidos acarretaria a economia de cerca de US\$ 7,7 bilhões de dólares investidos anualmente em policiamento e ações militares e possibilitaria o aumento da arrecadação de impostos em até US\$ 6,2 bilhões de dólares por ano⁶²⁴.

O mercado ilegal de drogas, segundo Karam, consiste atualmente na mais importante fonte de renda decorrente de atividades ilícitas, movimentando cerca de US\$ 500 bilhões de dólares anualmente, conforme estimativas da ONU⁶²⁵. Tais valores, além de não sofrerem qualquer impacto tributário, como ocorre no mercado em geral, inclusive de drogas lícitas, transitam pelos mais diversos fluxos do sistema financeiro, interagindo com o mercado lícito e sendo reincorporados à economia

⁶²¹ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 49.

⁶²² *Idem*.

⁶²³ MIRON, Jeffrey A. **Drug War Crimes**, capítulo 1, p. 1.

⁶²⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 247.

⁶²⁵ KARAM, Maria Lúcia. "Guerra às drogas" e criminalização da pobreza, p. 692.

legal de variadas formas, certamente com relevantes impactos no sistema econômico-financeiro.

Finalmente, a criminalização da produção, distribuição e consumo de determinadas drogas produz também diversas consequências negativas sobre o sistema de justiça penal, destacando-se, dentre estas, a criação de criminalidade secundária⁶²⁶.

Como explica Carvalho, a ilegalidade do mercado acaba favorecendo a ocorrência de inúmeros outros delitos relacionados à criminalização das drogas, tais como o cometimento de crimes de corrupção e extorsão pelos próprios operadores das agências do sistema penal⁶²⁷ ou o recurso à prática de delitos patrimoniais, por parte de usuários e dependentes, para a aquisição das substâncias psicoativas consideradas ilegais⁶²⁸. Some-se a isso a impossibilidade, referida anteriormente, de os sujeitos envolvidos com o mercado ilícito recorrerem aos meios legais de resolução de conflitos, de modo que estes acabam sendo solucionados, muitas vezes, por meio de práticas ilegais e violentas.

No que tange às agências repressivas, afirma Baratta, referindo-se especificamente à instituição policial, que o campo de combate às drogas gera preocupantes riscos de degeneração do sistema de justiça criminal, pois a atuação da polícia tende a extrapolar o âmbito da legalidade⁶²⁹. Na realidade, a racionalidade autoritária que sustenta ideologicamente a política criminal de guerra às drogas acaba legitimando e potencializando (e, parece possível dizer, até mesmo incentivando) uma atuação de efetivo combate contra os sujeitos envolvidos com o tráfico de drogas, em que o respeito aos direitos humanos se transforma em mera retórica.

Contudo, deve-se destacar que, embora a atuação ilegal das agências policiais seja mais visível, vez que a polícia se encontra, nas palavras de Karam, “no *front* da repressão equiparada à guerra”⁶³⁰, a violação de direitos e garantias fundamentais no tratamento dos sujeitos imputados como traficantes de drogas

⁶²⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 248.

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 248-249.

⁶²⁸ De acordo com Carvalho, estudos desenvolvidos na Suíça, Reino Unido, Espanha, Holanda, Alemanha e Canadá demonstram uma substancial redução nos fenômenos de criminalização secundária e vitimização de usuários e dependentes de drogas quando estas são consumidas em espaços de legalidade, como ocorre no âmbito dos programas de prescrição de metadona e heroína. (*Ibidem*, p. 249).

⁶²⁹ BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 32.

⁶³⁰ KARAM, Maria Lúcia. “Guerra às drogas” e criminalização da pobreza, p. 693.

perpassa o sistema penal como um todo, com destaque para o âmbito legislativo, como se buscou demonstrar ao longo do capítulo precedente, não se restringindo, portanto, às práticas policiais.

Aliás, outros efeitos negativos ocasionados pelo proibicionismo em matéria de drogas em relação ao sistema de justiça penal dizem respeito, de acordo com Baratta, à tendência a lesionar princípios elementares de um “direito penal mínimo” condizente com os fundamentos do Estado de Direito e com os direitos humanos⁶³¹. Dentre os princípios citados pelo autor, destaca-se a violação, pela política de criminalização das drogas, do princípio da idoneidade, da subsidiariedade, da proporcionalidade da pena à gravidade social do crime e da racionalidade.

Explica o referido criminólogo que, com base no princípio da idoneidade, a criminalização deve comprovadamente constituir, segundo estudos rigorosos, um meio útil de controle de um determinado problema existente na sociedade. No caso das drogas, contudo, a intervenção do sistema penal não tem se mostrado positiva; pelo contrário, tem ocasionado diversos efeitos negativos que agravam a questão⁶³².

A proibição das drogas lesiona também o princípio da subsidiariedade, que determina a prévia demonstração da inexistência de alternativas não penais adequadas para o tratamento do tema. Nesse ponto, além de desconsiderar as demais políticas diferenciadas de controle de drogas, a criminalização ainda produz danos para os sistemas assistencial e de tratamento e informativo-educativo⁶³³, como visto anteriormente.

O contínuo incremento do rigor punitivo que tem caracterizado, de modo geral, a política criminal de guerra às drogas nas últimas décadas, de que constitui exemplo a legislação brasileira relativa ao crime de tráfico de drogas, viola ainda o princípio da proporcionalidade entre a pena e a gravidade do dano social decorrente do delito⁶³⁴. Aliás, em relação ao porte e uso de drogas, defende Baratta que a estrita observância desse princípio determinaria que o consumo fosse tratado de forma coerente com outras condutas não criminalizadas em alguns sistemas punitivos por constituírem autolesão, como a tentativa de suicídio⁶³⁵.

⁶³¹ BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 32.

⁶³² *Idem*.

⁶³³ *Ibidem*, p. 33.

⁶³⁴ *Idem*.

⁶³⁵ *Idem*.

Apesar de o debate envolvendo a proibição das condutas relacionadas ao consumo de drogas exceder os limites do presente trabalho, cujo enfoque consiste no tratamento jurídico dos sujeitos criminalizados como traficantes e sua relação com o direito penal do inimigo, a menção à referida discussão, ainda que bastante breve, parece inevitável neste momento do trabalho, em que se analisam os efeitos negativos da criminalização das drogas.

Isso porque a incriminação do porte de drogas para consumo pessoal, segundo diversos autores, consiste numa indevida interferência do Estado na vida privada dos indivíduos, fundada em preceitos morais, que viola inúmeros princípios constitucionais e penais, tais como o princípio da lesividade da conduta proibida, a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade (diante da artificial distinção entre drogas lícitas e ilícitas), além da inviolabilidade da intimidade e da vida privada⁶³⁶.

Diante disso, vários estudiosos do tema sustentam, no Brasil, a inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei n.º 11.343/06, havendo inclusive julgados com decisões nesse sentido⁶³⁷. Atualmente, aliás, encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 635659, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se discute a constitucionalidade do referido dispositivo legal, tendo a Suprema Corte reconhecido, no final de 2011, a repercussão geral da questão suscitada no recurso.

Ademais, a criminalização das drogas ofende também o princípio da racionalidade, que implica a necessária avaliação comparativa de seus custos e benefícios, tendo em vista que, como se buscou demonstrar, a proibição acarreta inúmeros custos sociais e econômicos, sem que tenham sido verificados quaisquer benefícios relevantes – ao menos segundo os estudos científicos desenvolvidos até o momento⁶³⁸.

Finalmente, a intervenção penal em matéria de drogas também causa impactos negativos no sistema carcerário – potencializados pela política de guerra ao tráfico de drogas – contribuindo significativamente para maximizar os índices de

⁶³⁶ Para maior aprofundamento no assunto, v., a título exemplificativo: KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 28-33; CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 260-274, 405-413, que faz importantes referências às obras de Thomas Szasz e Antonio Escohotado.

⁶³⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 412.

⁶³⁸ BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 33.

encarceramento⁶³⁹. Segundo Karam, as condenações por delitos relacionados às drogas consistem na principal causa do substancial aumento da população carcerária em todo o mundo⁶⁴⁰ (some-se a isso as prisões provisórias que, segundo Zaffaroni, correspondem a 3/4 do número de presos na América Latina⁶⁴¹).

De acordo com Miron, nos Estados Unidos, em 2000, havia mais de 318.000 presos por infrações de drogas, o que superava o número total de presos por quaisquer crimes no Reino Unido, França, Alemanha, Itália e Espanha, juntamente considerados⁶⁴².

No Brasil, por sua vez, como referido previamente, dados do Departamento Penitenciário Nacional referentes a dezembro de 2012 indicavam 138.198 presos pelo crime de tráfico de drogas, correspondendo, conforme a quantidade de presos por crime imputado, ao segundo maior contingente carcerário do país (25,22% da população carcerária brasileira)⁶⁴³.

Interessante notar que, enquanto a população carcerária brasileira aumentou cerca de 36% no período de 2006 a 2012 (de 401.236 a 548.003 presos), o número de presos por tráfico de drogas quase triplicou nesse mesmo período (de 47.472 a 138.198 presos)⁶⁴⁴, o que demonstra o significativo papel da política bélica de repressão ao tráfico de drogas no Brasil para o aumento do contingente prisional do país e, conseqüentemente, para a intensificação da crise do sistema penitenciário nacional.

Constata-se, portanto, que a criminalização de condutas relacionadas a determinadas drogas consideradas ilícitas, além de fracassar em seus objetivos explícitos de erradicação do tráfico e do consumo de tais substâncias, produz uma série de impactantes efeitos sociais e econômicos, os quais se tornam ainda mais intensos com o recrudescimento da repressão implementado pela política de guerra às drogas.

Tais custos sociais, aliados às nefastas consequências da adoção de um tratamento jurídico com características de direito penal do inimigo dirigido aos traficantes de drogas, tornam evidente a urgente necessidade de superação da atual

⁶³⁹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 250.

⁶⁴⁰ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 47.

⁶⁴¹ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 70.

⁶⁴² MIRON, Jeffrey A. **Drug War Crimes**, capítulo 1, p. 1.

⁶⁴³ Dados do INFOPEN.

⁶⁴⁴ Dados do INFOPEN.

política brasileira de controle sobre as drogas, visto que esta consiste numa séria ameaça à manutenção do Estado Democrático de Direito.

5.3 AS CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO DE UM DIREITO PENAL DO INIMIGO VOLTADO AOS TRAFICANTES DE DROGAS NO BRASIL

O atual tratamento jurídico do sujeito criminalizado como traficante de drogas no Brasil, especialmente do ponto de vista legislativo, pode ser considerado, como se buscou demonstrar no capítulo precedente, uma concreta manifestação de direito penal do inimigo na ordem jurídica brasileira. Ainda que os traficantes não sejam expressamente designados, do ponto de vista jurídico, como inimigos – embora sejam frequentemente denominados dessa forma em discursos autoritários, inclusive pela mídia – encontram-se sujeitos a um tratamento penal, processual penal e penitenciário extremamente rigoroso, caracterizado pela antecipação da punibilidade, cominação de penas bastante elevadas e redução ou supressão de garantias, o qual se fundamenta na ideia de proteção da sociedade mediante a neutralização da periculosidade de tais indivíduos.

O núcleo central do tratamento diferencial voltado aos inimigos, como visto no primeiro capítulo, consiste na negação jurídica de sua condição de pessoa, com a privação de determinados direitos individuais, ainda que outros lhes sejam reconhecidos⁶⁴⁵. A perda da qualidade de pessoa, entretanto, não precisa ser expressa, como de fato não o é no direito penal do inimigo concretamente presente nos ordenamentos jurídicos contemporâneos – mesmo porque qualquer disposição legal nesse sentido seria prontamente declarada inconstitucional.

Conforme esclarece Zaffaroni, quando a supressão de direitos dos indivíduos se baseia na sua identificação como meros entes perigosos que, por isso, devem ser segregados ou eliminados, tais sujeitos são coisificados pelo Estado, sendo-lhes anulada, ainda que de forma implícita e/ou encoberta por racionalizações, sua condição de pessoa. O tratamento diferenciado fundamentado na periculosidade,

⁶⁴⁵ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 18.

dessa forma, acaba implicando a perda, para estes indivíduos, da qualidade de portadores de todos os direitos inerentes à condição humana⁶⁴⁶.

A identificação dos traficantes de drogas como inimigos da sociedade decorreu, conforme visto, de um processo histórico-discursivo impulsionado, ao longo de todo o século XX, pelo governo norte-americano, e que culminou na atual política criminal de guerra às drogas, adotada tanto no nível internacional - pelas convenções da ONU em matéria de drogas - quanto internamente, pelas legislações de inúmeros países.

No Brasil, a institucionalização do discurso jurídico-político de guerra ao tráfico de drogas, legitimador da aplicação de um tratamento jurídico de inimigo aos traficantes, derivou não apenas da adesão das agências penais brasileiras ao modelo internacional de repressão e controle das drogas, mas também de uma base ideológica nacional de cunho autoritário - formada pela convergência dos discursos de lei e ordem com as ideologias da defesa social e da segurança nacional -, a qual moldou a estrutura repressiva brasileira dos anos 60 e 70. Com a redemocratização política, por sua vez, acentuou-se a repressão ao tráfico ilícito, potencializando o paradigma bélico de guerra às drogas.

Embora os discursos identificadores dos traficantes como inimigos, defensores de um contínuo recrudescimento da repressão ao tráfico, geralmente se baseiem na justificativa oficial da necessidade de proteção à saúde pública ou de reação frente à violência do comércio ilegal ou à criminalidade organizada, não se pode ignorar o fato de que há inúmeros interesses envolvidos, ainda que não explicitamente, na proibição das drogas e na intensificação da repressão aos traficantes.

Nesse ponto, a percepção do tratamento jurídico dos traficantes como expressão de direito penal do inimigo parece contribuir para a reflexão acerca de tais objetivos ocultos, ainda mais considerando que, na esteira das lições de Zaffaroni, os inimigos sempre foram individualizados, ao longo da história do poder punitivo, por aqueles que exerciam o poder, conforme lhes parecesse mais conveniente ou funcional, aplicando-se tal rótulo aos sujeitos que os afrontavam ou incomodavam, mesmo que potencialmente⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 18-19.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 82.

Com efeito, afirma Aponte que a individualização de determinados sujeitos como inimigos e a definição do modo como devem ser tratados correspondem a decisões tomadas por centros de poder, sendo o inimigo sempre um inimigo construído⁶⁴⁸. Tal raciocínio pode ser aplicado ao tráfico, vez que a identificação dos traficantes de drogas como inimigos da sociedade, bem como o conteúdo das normas jurídicas aplicáveis, decorrem de decisões tomadas pelos detentores do poder, influenciados pelas mais variadas ordens de fatores (jurídicos, políticos, econômicos, morais, ideológicos, eleitoreiros), os quais geralmente restam encobertos por detrás das justificativas apresentadas pelo discurso oficial.

Tal constatação permite aos estudiosos do tema que levantem algumas hipóteses explicativas para a manutenção da política criminal de guerra ao tráfico de drogas, assim como do tratamento jurídico dos traficantes como inimigos, não obstante o evidente fracasso na erradicação ou redução do consumo e tráfico ilícitos e os elevados custos sociais gerados por tal política de controle sobre as substâncias psicoativas consideradas ilícitas. Conforme aduz Baratta, um discurso que se pretenda científico não pode se deter apenas nas funções declaradas da criminalização das drogas, mas deve relegá-las a segundo plano para analisar o fenômeno a partir dos objetivos latentes efetivamente alcançados na realidade⁶⁴⁹.

A partir dessa perspectiva, diversos doutrinadores críticos apontam a funcionalidade da guerra às drogas e do tratamento jurídico de inimigo para a consecução de outras finalidades⁶⁵⁰, tais como a manutenção dos lucros da indústria bélica, a obtenção de vantagens decorrentes das inúmeras interconexões entre o capital ilícito e o sistema econômico-financeiro mundial, as pressões externas ou internacionais sobre os governos de determinados países, a ampliação do controle social penal sobre as classes sociais marginalizadas, etc.

Isso não significa que não haja qualquer preocupação oficial com os problemas causados pelo uso abusivo de substâncias psicoativas ilícitas ou com a violência inerente ao tráfico ilícito de drogas, mas apenas indica a possível

⁶⁴⁸ APONTE, Alejandro. Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo, p. 19-20.

⁶⁴⁹ BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 37.

⁶⁵⁰ Nesse sentido, v. BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue, p. 143; BATISTA, Nilo. A violência do estado e os aparelhos policiais, p. 152; BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**, p. 134-135; KARAM, Maria Lúcia. “Guerra às drogas” e criminalização da pobreza, p. 688; D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**, p. 129-130; CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**, p. 58-66; ARGUELLO, Katie. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal, p. 3592-3596; CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 116.

existência de interesses ocultos impeditivos da superação de uma política criminal que, em nome da proteção à saúde pública, tem se mostrado extremamente nociva para a sociedade em geral, ocasionando inclusive danos à saúde concreta de inúmeros indivíduos.

De todo modo, ainda que o presente trabalho não objetive realizar uma profunda investigação das funções latentes da criminalização das drogas, parece imprescindível destacar a proximidade do tratamento jurídico dos traficantes, como manifestação de direito penal do inimigo, a um direito penal de autor, o que acaba repercutindo na questão do recrudescimento do controle social sobre os setores sociais excluídos.

Com efeito, uma das principais críticas ao direito penal do inimigo consiste na sua aproximação a um direito penal de autor, já que orientado menos pelo fato delituoso praticado que pela “forma de ser” do autor do fato⁶⁵¹, sua personalidade “tendente ao crime” ou suposta periculosidade. Isso porque a aplicação da pena, no direito penal dirigido aos inimigos, tem como principal objetivo garantir segurança frente a possíveis crimes futuros, neutralizando os indivíduos tidos como perigosos, diferentemente do direito penal dos cidadãos, em que a pena representa a sanção ao crime anteriormente praticado. Nesse sentido, assevera Meliá que as normas jurídicas de direito penal do inimigo voltam-se, mais do que à definição de fatos puníveis, à identificação de certos grupos de sujeitos como inimigos⁶⁵².

Assim, no caso da regulação penal brasileira do tráfico de drogas, o extremo rigor punitivo dirigido aos traficantes pode ser compreendido a partir de seu objetivo de neutralização da suposta periculosidade dos sujeitos identificados na demonizada categoria de “traficante”, mais do que como sanção ao delito de tráfico praticado. Isso explica a cominação de penas extremamente altas para condutas que parecem não representar qualquer lesão ao bem jurídico em tese tutelado pelas normas incriminadoras do tipo penal de tráfico. Como esclarece Greco, embora com referência à Lei n.º 6.368/76:

Noutras palavras: a norma do art. 12 só aparentemente descreve ações proibidas. Na verdade, ela busca é a figura do traficante. *Não se trata de um tipo que descreve uma conduta proibida, mas de um tipo de autor, se bem que camuflado por trás das várias e várias ações mencionadas.* Ocorre que,

⁶⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p. 113.

⁶⁵² MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal do Inimigo?”, p. 81.

ao arrolar entre elas condutas não-ameaçadoras para o bem jurídico saúde pública, o legislador se traiu, mostrando que não quer proibir só ações, mas personalidades, autores. (...) Isto faz concluir que, ao lado do desvalor do ato e do desvalor do resultado, este injusto tem por conteúdo uma terceira espécie de desvalor: um *desvalor de personalidade*.⁶⁵³ (grifos do original).

Percebe-se, dessa forma, que a identificação discursiva do traficante de drogas como inimigo da sociedade - considerado, segundo o estereótipo dominante nos meios de comunicação social, um sujeito violento e perigoso, integrante de organização criminosa e responsável por diversos problemas sociais que assolam o país -, legitimou a edição de um regramento penal que, visando neutralizar a pretensa periculosidade - abstratamente aferida - dos sujeitos imputados como traficantes, mais do que puni-los pelos crimes cometidos, mostra-se totalmente incompatível com os princípios do Estado Democrático de Direito, vez que pautado fundamentalmente num direito penal de autor.

A situação ainda se agrava diante da constatação de que o sistema penal concentra sua atuação seletiva sobre os sujeitos situados no ponto final da cadeia do comércio ilícito de drogas e geralmente pertencentes às classes sociais marginalizadas, os quais representam a parcela menos significativa do tráfico, pouco interferindo no negócio ilegal como um todo. Assim, além de ineficaz para o efetivo combate ao tráfico de drogas, o direito penal do inimigo voltado aos traficantes conduz à neutralização dos pequenos traficantes integrantes de estratos sociais excluídos, efetivamente identificados, muitas vezes, como perigosos pelos detentores do poder.

Dessa forma, parece possível afirmar que o tratamento jurídico dos traficantes, como um direito penal do inimigo fundado, em grande medida, num direito penal de autor, orienta-se, na prática, não pela “forma de ser”, personalidade ou suposta periculosidade dos traficantes em geral, mas sim dos pequenos traficantes marginalizados. Tal constatação torna inequívoca a funcionalidade da adoção de um direito penal do inimigo voltado aos traficantes para o recrudescimento do controle social penal sobre setores sociais excluídos.

De todo modo, a principal crítica – e preocupação – referente ao direito penal do inimigo e, conseqüentemente, ao tratamento penal, processual penal e penitenciário de inimigo dirigido aos traficantes de drogas no Brasil, consiste na

⁶⁵³ GRECO, Luís. Tipos de autor e Lei de Tóxicos ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 43, ano 11, p. 226-238, abr./jun. 2003. p. 229.

grave ameaça que representa aos princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Como visto no capítulo anterior, a atual legislação brasileira em matéria de drogas, pautada na equiparação constitucional do delito de tráfico aos crimes hediondos e na lógica de guerra às drogas, destina aos sujeitos imputados como traficantes um tratamento jurídico extremamente rigoroso e diferenciado, marcado pela antecipação da punição, cominação de penas desproporcionais e minimização ou supressão de vários direitos e garantias fundamentais.

Ademais, para além da violação de direitos e garantias ocasionada pela severidade do tratamento jurídico dos traficantes, a própria política criminal proibicionista de controle de drogas, segundo Baratta, tende a lesionar princípios basilares de um sistema penal orientado pela concepção de “direito penal mínimo”, coerente com os fundamentos do Estado de Direito e com os direitos humanos, tais como o princípio da idoneidade, da subsidiariedade, da racionalidade e da proporcionalidade da pena à gravidade do dano social⁶⁵⁴.

Nesse contexto, não se pode deixar de mencionar, ainda, as violações de direitos individuais de sujeitos suspeitos ou acusados de tráfico de drogas decorrentes de atos violentos e/ou ilegais praticados pelos próprios operadores das agências de criminalização secundária no exercício de suas atividades.

De acordo com Muñoz Conde, os direitos e garantias fundamentais próprios do Estado de Direito, como os princípios da legalidade, da intervenção mínima, da culpabilidade, da presunção de inocência, o direito a não produzir prova contra si mesmo, dentre outros, constituem pressupostos essenciais desse modelo de Estado⁶⁵⁵. O abandono de tais garantias em nome do combate à criminalidade, ainda que adstrito a casos pontuais e de particular gravidade, exemplificados pelo tratamento jurídico do traficante de drogas no Brasil, pode conduzir, segundo o autor, ao desmantelamento do Estado de Direito, já que o ordenamento jurídico, distanciado de seu referencial valorativo, converte-se num Direito de Estado, num instrumento de consecução dos interesses daqueles que detêm o poder⁶⁵⁶.

Similarmente, aduz Zaffaroni que a admissão de um tratamento penal diferenciado voltado a inimigos – mesmo que designados como “traficantes” ou de

⁶⁵⁴ BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 32-33.

⁶⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. De novo sobre o Direito penal do inimigo, p. 24-25.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 25.

qualquer outra forma –, marcado pela privação de determinados direitos apenas em razão de sua suposta periculosidade social, sendo-lhes negada a condição de “pessoa”, acarreta o indevido ingresso de elementos próprios do Estado absoluto no Estado de Direito, podendo levar à sua implosão⁶⁵⁷.

Conforme mencionado anteriormente, para o autor, com base nas elaborações teóricas de Carl Schmitt, a noção de inimigo (para além da situação de guerra real) só é compatível com o direito de um Estado absoluto, em que inexistem quaisquer limitações⁶⁵⁸. A ideia de que o inimigo estaria sujeito à redução ou à supressão de determinados direitos apenas na estrita medida da necessidade para neutralizar sua periculosidade, e que o direito penal do inimigo constituiria, desta forma, uma mera limitação ao princípio do Estado de Direito determinada pela necessidade e devidamente delimitada, consiste em mera ingenuidade. Afirma Zaffaroni, nesse sentido, que “*a estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que não tem limites*, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder”⁶⁵⁹.

Tendo em vista que a individualização de inimigos está condicionada à subjetividade daqueles que exercem o poder, torna-se possível que estes, baseados em discursos de emergência, identifiquem inimigos a partir de seus próprios interesses, por meio de decisões arbitrárias, determinando sua despersonalização na intensidade que entenderem conveniente, sem que seja possível oferecer qualquer resistência⁶⁶⁰. Com efeito, diante da inexistência de segurança absoluta, pode-se sempre invocar uma maior necessidade de proteção da sociedade mediante a neutralização de perigos, de modo que as decisões acerca do grau de periculosidade do inimigo e, conseqüentemente, da severidade do tratamento jurídico diferenciado, ficam a cargo de um juízo totalmente subjetivo por parte dos detentores do poder⁶⁶¹.

Tal situação pode ser exemplificada pela contínua intensificação punitiva no que tange ao tratamento jurídico dos traficantes no Brasil nas últimas décadas, comprovada pela comparação da atual Lei de Drogas com as legislações anteriores relativas à matéria. A partir de discursos autoritários que demandam atitudes

⁶⁵⁷ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 160.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 160-161.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 25.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 162-164.

⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 24-25, 152.

governamentais cada vez mais enérgicas na luta contra o crescente mercado ilegal de drogas, baseados numa concepção do direito penal como instrumental eficaz para solucionar os problemas relativos às substâncias psicoativas ilícitas, editam-se leis e medidas cada vez mais repressivas. Estas se caracterizam, com frequência, pela elevação das sanções penais e minimização de direitos e garantias fundamentais dos traficantes, o que, segundo os referidos discursos, parece constituir um preço razoável a ser pago na tentativa de extirpação desse mal representado pelo tráfico⁶⁶².

Ainda na esteira das lições de Zaffaroni, deve-se atentar para o fato de que, com a admissão da noção de inimigo no direito penal e a inutilidade da ideia de “estrita medida da necessidade” como limitação ao poder estatal, não há meios capazes de impedir a transformação do Estado de Direito num Estado absoluto e a redução do inimigo à “vida nua”⁶⁶³. Diante disso, resta a indagação de se o Estado brasileiro, acompanhando a política criminal de guerra às drogas ditada pelas convenções internacionais da ONU, não está caminhando nessa direção, rumo a um modelo de Estado absoluto e a uma total despersonalização dos indivíduos rotulados como inimigos, que incluiria até mesmo a possibilidade de eliminação física dessas “não pessoas”.

Note-se que a identificação discursiva dos traficantes como inimigos da sociedade facilita a assimilação da ideia de sacrificar os direitos e garantias fundamentais desses indivíduos em nome da guerra às drogas, vez que se trata de direitos que integram o patrimônio jurídico do próprio inimigo a ser neutralizado, de sujeitos vistos como ameaças à sociedade⁶⁶⁴.

Entretanto, como explica o penalista argentino acima citado, para que as agências do sistema penal possam individualizar e neutralizar os indivíduos considerados inimigos - os quais coexistem com os demais habitantes, não sendo identificáveis de plano -, estas exercem um controle social mais autoritário sobre toda a população, ocasionando a limitação das garantias e liberdades de todos os cidadãos. Dessa forma, o tratamento penal diferenciado não se restringe apenas aos

⁶⁶² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 154.

⁶⁶³ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 160-161.

⁶⁶⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 154.

inimigos, mas repercute sobre os direitos de inúmeros indivíduos, suprimindo-os ou reduzindo-os diante do aparato repressivo⁶⁶⁵.

Nesse sentido, o emprego de meios de busca de prova invasivos para a identificação de inimigos, tais como a interceptação de correspondências e comunicações telefônicas e a infiltração de agentes policiais em tarefas de investigação, pode afetar a privacidade e a intimidade de numerosos indivíduos. Do mesmo modo, a minimização de garantias processuais e a antecipação da punição mediante a tipificação de atos meramente preparatórios expõem inúmeras pessoas ao risco de serem indevidamente processadas e condenadas como inimigas⁶⁶⁶.

Tal controle social mais autoritário exercido sobre a população como um todo, restringindo suas liberdades e garantias com o intuito de identificação de inimigos - além de outros possíveis objetivos ocultos -, pode ser exemplificado pela instalação das UPPs (Unidades de Polícia Pacificadora) em favelas do Rio de Janeiro, em que sob a justificativa de pacificação e combate à criminalidade, especialmente ao tráfico de drogas, instituiu-se uma “gestão policial e policiaesca” da vida dos habitantes daquelas localidades⁶⁶⁷. Estes se encontram sujeitos à vigilância e monitoramento constantes, com a realização de frequentes revistas pessoais e revistas domiciliares sem mandado, o que possibilita não apenas a identificação de inimigos, mas conduz também ao disciplinamento dessa população conforme os padrões dominantes⁶⁶⁸.

Saliente-se, ainda, que a limitação aos direitos e garantias de todos os cidadãos contribui para o enfraquecimento das instituições e controles do Estado de Direito, que, ademais, são muitas vezes deslegitimados por discursos autoritários que os acusam de obstaculizar a necessária reação frente à situação de emergência provocada pelos inimigos⁶⁶⁹. Além disso, a admissão da noção de inimigo, com todas as suas consequências, potencializa o espaço de realização de práticas arbitrárias, o que se torna ainda mais preocupante naqueles países marcados pela debilidade das instituições, com agências corruptas, fraca separação entre os poderes estatais, ampla exclusão social, etc.⁶⁷⁰

⁶⁶⁵ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 116-118. Afirma o autor que tal situação só seria evitada no marco de um extremo e estrito direito penal de autor, como num contexto colonialista em que os inimigos fossem identificáveis por meio de características físicas bem evidenciadas.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 117.

⁶⁶⁷ BATISTA, Vera Malaguti. *O Alemão é muito mais complexo*, p. 66.

⁶⁶⁸ KARAM, Maria Lúcia. “Guerra às drogas” e criminalização da pobreza, p. 689.

⁶⁶⁹ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 150-151.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 119, 153.

Verifica-se do exposto que a destinação de um tratamento jurídico de inimigo aos traficantes de drogas no Brasil, legitimado pela identificação discursiva destes indivíduos como inimigos da sociedade, dotados de uma extrema periculosidade a ser neutralizada, acarreta não apenas a redução ou supressão de seus direitos e garantias fundamentais, mas afeta também as liberdades e garantias de toda a população. O direito penal do inimigo – ou do traficante de drogas considerado inimigo – conforma uma séria ameaça à manutenção do Estado de Direito, que parece ser o verdadeiro derrotado nessa infundável e extremamente danosa guerra contra as drogas.

5.4 A NECESSIDADE DE REFLEXÃO ACERCA DA ADOÇÃO DE MODELOS ALTERNATIVOS DE CONTROLE SOBRE AS DROGAS

A política criminal de guerra contra o tráfico de drogas no Brasil, base da adoção de um direito penal com características de direito penal do inimigo voltado aos traficantes de drogas, produz inúmeras consequências sociais negativas, conforme visto anteriormente, sem propiciar, aparentemente, quaisquer benefícios para a sociedade – com exceção, evidentemente, dos possíveis efeitos positivos para aqueles que defendem a manutenção dessa política criminal como forma de realizar outros interesses ocultos, desvinculados de preocupações sociais.

Aliás, a admissão de um tratamento jurídico de inimigo, caracterizado pela antecipação da punição, previsão de penas desproporcionais e minimização ou eliminação de garantias com a finalidade de neutralização, representa um sério risco ao Estado de Direito, podendo conduzir a um modelo de Estado autoritário em que o ordenamento jurídico penal e processual penal, longe de significar uma barreira de proteção dos indivíduos diante das tendências expansivas do poder punitivo, torna-se um arsenal de guerra do Estado a ser utilizado em face de seus inimigos.

Como afirma Christie, “os maiores perigos do crime nas sociedades modernas não vêm dos próprios crimes, mas do fato de que a luta contra eles pode levar as sociedades a governos totalitários”⁶⁷¹.

⁶⁷¹ CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**, p. 5.

Sustenta Karam que uma primeira e urgente medida a ser tomada para garantir a preservação do Estado Democrático de Direito nos países que adotam o proibicionismo corresponde à declaração de invalidade dos dispositivos das Convenções das Nações Unidas e das respectivas leis de drogas que violam os direitos e garantias fundamentais previstos em declarações internacionais de direitos e nas constituições de cada Estado. Isto feito, afirma a autora, defendendo a legalização das drogas, que “é preciso ir além e romper com todos os outros riscos, danos e enganos do proibicionismo”⁶⁷².

No que diz respeito ao tráfico ilícito, a declaração de inconstitucionalidade das normas que violam os direitos e garantias fundamentais dos traficantes talvez pudesse afastar o atual direito penal do inimigo concretamente existente no ordenamento jurídico brasileiro. Mas tal distanciamento, caso ocorresse, provavelmente seria apenas momentâneo. A manutenção da atual política criminal de drogas, fundada em discursos autoritários que identificam os traficantes como inimigos e que concebem as drogas como um flagelo universal a ser erradicado, muito possivelmente levaria ao seu rápido reaparecimento ou transformaria as alterações legislativas, na prática, em pura retórica.

Ademais, o modelo proibicionista por si só produz inúmeros efeitos sociais negativos - ainda que potencializados num contexto bélico de repressão aos inimigos -, os quais não seriam eliminados com a simples readequação da criminalização no sentido de respeitar os direitos e garantias fundamentais dos traficantes de substâncias psicoativas ilícitas.

Deste modo, diante da manifesta insustentabilidade do atual sistema de controle de drogas, é preciso ir além, como aduz Karam, e refletir acerca da possibilidade de adoção de políticas alternativas em matéria de drogas, fundadas em concepções e valores diversos, como vem sendo realizado por inúmeros países, com o intuito de reduzir tanto os riscos e danos decorrentes do uso de substâncias psicoativas quanto aqueles derivados da guerra às drogas.

Ressalte-se que, segundo Rodrigues, os programas alternativos de controle sobre as drogas devem ser pensados a partir das particularidades do contexto social, cultural, econômico, político, etc., em que serão implementados, abstendo-se da busca por soluções universais, como faz o modelo proibicionista imposto pelas

⁶⁷² KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 55-58.

convenções da ONU ao pretender uniformizar, em todos os países signatários, a repressão às drogas⁶⁷³. Aliás, este consiste num dos princípios constantes do Relatório da Comissão Global de Políticas Sobre Drogas, que defende a liberdade de os diferentes países experimentarem iniciativas e estratégias adequadas às suas circunstâncias locais⁶⁷⁴.

Com efeito, percebe-se que diversos países têm alterado suas políticas de drogas de forma experimental, adotando estratégias variadas, com características próprias, e que se contrapõem à política criminal de guerra às drogas com maior ou menor intensidade. Tendo em vista que um estudo aprofundado de tais iniciativas excederia os limites do presente trabalho, optou-se por apresentar as linhas gerais das estratégias de redução de danos e dos modelos de descriminalização do uso e legalização das drogas - que constituem os principais modelos em que os diferentes programas podem, de forma geral, ser agrupados -, com o intuito de fomentar a discussão acerca das possíveis formas de superação do atual paradigma bélico de guerra às drogas no Brasil.

Inicialmente, quanto às políticas de redução de danos⁶⁷⁵, estas dizem respeito à implementação de variadas estratégias e medidas de saúde pública que visam prevenir ou minimizar os riscos e danos decorrentes do uso de substâncias psicoativas lícitas ou ilícitas, tanto em relação aos usuários quanto à sociedade, sem que haja necessária interferência na oferta ou no consumo de drogas⁶⁷⁶.

⁶⁷³ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**, p. 82.

⁶⁷⁴ COMISSÃO GLOBAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS. **Guerra às Drogas**: Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas, p. 8.

⁶⁷⁵ Destaque-se que as políticas de redução de danos foram abordadas em artigo de minha autoria intitulado “As políticas de redução de danos em matéria de drogas ilícitas como alternativa ao proibicionismo penal”, apresentado no III Congresso Brasileiro de Sociologia do Direito – ABRASD, em 2012, e que se encontra pendente de publicação nos anais do referido congresso.

⁶⁷⁶ BRASIL. **Manual de redução de danos**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p. 11; REGHELIN, Elisângela Melo. **Redução de danos**: Prevenção ou Estímulo ao Uso Indevido de Drogas Injetáveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 74. Em exemplo bastante simples, que em muito contribui para ilustrar a ideia de redução de danos, Pat O'Hare apresenta a seguinte situação: “Há alguns anos (...) minha irmã mais velha brincava num balanço no jardim de modo pouco convencional. Em vez de se balançar para a frente e para trás, como fazem as ‘boas crianças’, ela se deitou sobre o balanço, apoiada sobre o estômago e com os pés no chão. Andava em pequenos círculos, torcendo as correntes do balanço o quanto podia. Levantava então seus pés do chão, fazendo com que as correntes do balanço se desdobrassem, numa grande velocidade, o que fazia com que girasse sobre si mesma. (...) No momento em que as correntes do balanço se desdobravam, a cabeça dela (...) passava a poucos centímetros dos pés de ferro do balanço.(...) Eu poderia ter dito para ela parar de brincar, mas, obviamente, ela estava se divertindo muito com a brincadeira e gostando da sensação de ficar tonta (talvez próxima à de intoxicar-se?). Se eu dissesse para ela parar, ela o faria enquanto eu estivesse por perto, provavelmente recomeçando a brincadeira assim que eu me afastasse. (...) Assim, eu preferi dizer-lhe para dobrar bem a cabeça de modo que, quando ela rodasse, a mantivesse a uma margem segura dos pés do balanço.(...) Havia uma clara decisão a ser tomada –

Tais programas se baseiam, segundo Marlatt, nos princípios do pragmatismo empático, pois diversamente do idealismo moralista que busca alcançar uma “sociedade livre de drogas”, as políticas de redução de danos aceitam o fato de que há indivíduos que usam drogas e não deixarão de fazê-lo, independentemente da proibição e, a partir dessa premissa, buscam, por meio de uma abordagem humanitária, minimizar as consequências do uso prejudicial de drogas, sem rotular ou denegrir as pessoas envolvidas em tais comportamentos⁶⁷⁷.

Note-se que os projetos de redução de danos surgem muitas vezes em âmbito local, como iniciativas de “baixo para cima”, decorrentes de intervenções de saúde pública de origem comunitária, e não de uma imposição por parte dos formuladores de políticas de drogas. Isso pode ser exemplificado pelos programas de troca de seringas para usuários de drogas injetáveis, que surgiram nos Países Baixos em razão das demandas dos próprios usuários por alterações nas políticas de drogas com a finalidade de reduzir os riscos de transmissão do HIV⁶⁷⁸.

Ademais, diversamente das políticas tradicionais baseadas no ideal de abstinência - considerado muitas vezes uma condição para o fornecimento de ajuda -, trata-se de programas de baixa exigência, que incentivam os indivíduos a uma gradual redução das consequências prejudiciais de seu comportamento de risco, e que buscam criar parcerias e formas de cooperação com a população-alvo no estabelecimento de novas estratégias, o que estimula a participação dos usuários⁶⁷⁹. Assevera Carvalho, nesse sentido, que as práticas redutoras pressupõem uma relação de voluntariedade e interação com o consumidor de drogas, criando “espaços de diálogo horizontalizados” que rompem com a lógica hierarquizada de racionalidade moralizadora que vê o usuário apenas como objeto de intervenção⁶⁸⁰.

Trata-se, desta forma, de estratégias bastante diferentes das políticas de drogas e formas de tratamento convencionais⁶⁸¹ e que, orientadas por uma visão

proibição ou redução do dano, ou seja, proibir, o que não teria grande sucesso em se tratando de uma atividade prazerosa, ou reconhecer o valor da atividade para ela e tentar reduzir os riscos daí decorrentes e, com isso, prevenir o dano” (O’HARE, Pat. Redução de danos: alguns princípios e a ação prática. In: MESQUITA, Fábio; BASTOS, Francisco Inácio. (Orgs.). **Drogas e Aids: estratégias de redução de danos**. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 65-78. p. 65-66).

⁶⁷⁷ MARLATT, G. Alan. Princípios Básicos e Estratégias de Redução de Danos. In: _____. **Redução de Danos: Estratégias práticas para lidar com comportamentos de alto risco**. Trad. Daniel Bueno. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 45-58. p. 51-52.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 48.

⁶⁷⁹ *Ibidem*, p. 47.

⁶⁸⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 296-297.

⁶⁸¹ MARLATT, G. Alan. Princípios Básicos e Estratégias de Redução de Danos, p. 45.

pragmática, com enfoque para a saúde pública, são flexíveis, podendo se adaptar aos mais diferentes contextos⁶⁸². Constituem exemplos de medidas de redução de danos os seguintes programas: projetos de educação e informação a respeito dos riscos de certos comportamentos; distribuição de seringas e cachimbos; acolhimento de dependentes e disponibilização de tratamento médico voluntário; manutenção de locais especiais de consumo permitido; substituição de drogas ilícitas por outras mais leves ou por substâncias lícitas; prescrição de heroína a dependentes; projetos de reinserção social e melhoria da qualidade de vida dos usuários⁶⁸³.

Saliente-se que, segundo Weingardt e Marlatt, as políticas de redução de danos podem ser adotadas, em graus variados, em contextos regidos pelas mais diversas políticas oficiais de controle sobre as substâncias psicoativas, inclusive o modelo proibicionista⁶⁸⁴. Afirmam os autores, contudo, que quanto maior a proximidade da política oficial de drogas ao modelo de legalização – e, portanto, maior o afastamento da concepção de proibição total -, mais fácil se torna a implementação de tais estratégias⁶⁸⁵.

Apesar de inúmeras pesquisas indicarem as vantagens e resultados positivos obtidos com a adoção de programas de redução de danos⁶⁸⁶, diversos fatores contribuem, de acordo com Carvalho, para a resistência em implementá-los sob o modelo proibicionista, tais como as falsas correlações entre uso de drogas, dependência e criminalidade e o rompimento, promovido pelas práticas redutoras, com a lógica hierarquizada e coercitiva do proibicionismo, bem como com seus valores morais. Como já afirmado, as estratégias de redução de danos aceitam o consumo de drogas como uma realidade dificilmente mutável e, a partir do reconhecimento e respeito à autonomia dos indivíduos sobre suas próprias vidas⁶⁸⁷,

⁶⁸² RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**, p. 69.

⁶⁸³ *Ibidem*, p. 70.

⁶⁸⁴ WEINGARDT, Kenneth R.; MARLATT, G. Alan. Redução de Danos e Políticas Públicas, p. 258.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, p. 257-259.

⁶⁸⁶ Conforme demonstram os dados divulgados no Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas de junho de 2011, tais medidas têm se mostrado bastante importantes na redução da transmissão do HIV entre usuários de drogas injetáveis (UDIs). De acordo com tal estudo, nos países que implementaram estratégias integrais de redução de danos de forma consistente, como o Reino Unido, a Alemanha e a Austrália, a porcentagem de HIV entre UDIs é muito pequena, não atingindo 5%. Por sua vez, dentre os países que desenvolveram estratégias parciais de redução ou de forma tardia à evolução da epidemia, como Estados Unidos e Portugal, a taxa já é bem mais elevada, chegando a mais de 15% nesses dois países especificamente. Finalmente, nos países que resistiram à implementação em larga escala de medidas redutivas, tal índice é muito mais alto, atingindo mais de 35% na Rússia e mais de 40% na Tailândia. (COMISSÃO GLOBAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS. **Guerra às Drogas**: Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas, p. 6).

⁶⁸⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 294-298.

tratam-nos com dignidade, quaisquer que sejam suas escolhas quanto à adoção de comportamentos de risco.

No Brasil, as medidas de redução de danos são reconhecidas oficialmente como política de saúde pública, tendo inclusive a Lei n.º 11.343/06 previsto, nos artigos 18 a 22, a realização de ações preventivas ao uso indevido de drogas orientadas por princípios e diretrizes inspirados na redução de danos, atividades de atenção que buscam melhorar a condição de vida dos usuários, dependentes e familiares, minimizando os efeitos negativos decorrentes do consumo de drogas, além de ações voltadas à sua (re)integração em redes sociais⁶⁸⁸.

Aduz Carvalho, entretanto, que a previsão legal de atividades baseadas em princípios que fundamentam as políticas de redução de danos representa uma “mera carta de intenções direcionada ao sistema de saúde pública”, já que, ofuscadas pela lógica repressivista e diante da frequente omissão estatal na concretização de direitos sociais, referidas ações acabam não sendo efetivadas pelo poder público⁶⁸⁹. Tal constatação é corroborada por Weigert ao afirmar que, no Brasil, as medidas redutivas constituem ainda casos isolados e pontuais, decorrentes principalmente da atuação de organizações não-governamentais e voluntários⁶⁹⁰.

Por outro lado, na Europa, segundo Rodrigues, a grande maioria dos países, inclusive aqueles caracterizados por uma política criminal mais repressiva em matéria de drogas, tem implementado variadas estratégias de redução de danos com resultados positivos, sendo estas consideradas uma forma racional e eficaz de prevenir e reduzir os efeitos nocivos do uso de drogas⁶⁹¹.

Assim, diante do vasto potencial das políticas de redução de danos em possibilitar a prevenção e a minimização dos riscos e danos decorrentes do consumo de drogas por meio de iniciativas abertas, de caráter não universalizante, que tratam os usuários com dignidade e respeito à liberdade individual, a adoção de tais estratégias em contextos proibicionistas permite um deslocamento do enfoque repressivo em direção a uma perspectiva de saúde pública, preocupada com a melhoria das condições de vida do usuário e sua reinserção social, com reflexos positivos para a sociedade como um todo.

⁶⁸⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 275-276.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 276-277.

⁶⁹⁰ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de Drogas e Sistema Penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 131.

⁶⁹¹ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**, p. 73-76.

Além das medidas de redução de danos, um maior enfoque na questão do consumo de drogas pode ser percebido também nas iniciativas agrupadas sob a noção de descriminalização do uso de drogas⁶⁹².

Destaque-se, primeiramente, que a inexistência de consenso doutrinário acerca da conceituação e do conteúdo de termos como descriminalização, despenalização e diversificação⁶⁹³ acaba gerando, muitas vezes, certas confusões nas discussões relativas a políticas de drogas alternativas. Tal situação é ainda agravada com a utilização do termo descriminalização de forma genérica, como na expressão “descriminalização das drogas”, sem especificação quanto às condutas abrangidas – se diz respeito apenas à posse e ao consumo ou se inclui também condutas como a produção e o comércio, por exemplo⁶⁹⁴.

De modo geral, a descriminalização se refere à exclusão de determinadas condutas do âmbito do direito penal, por meio de processos formais ou informais, de maneira que estas perdem sua condição de infração penal⁶⁹⁵. De acordo com a definição proposta por Hulsman:

Entendo por descriminalização o ato e a atividade pelos quais um comportamento em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções é colocado fora da competência desse sistema. Assim, a descriminalização pode ser realizada através de um ato legislativo ou de ato interpretativo (do juiz).⁶⁹⁶

Além da descriminalização legislativa e judicial, abarcadas neste conceito, que correspondem a processos formais de contração do poder punitivo, existe ainda a hipótese de descriminalização de fato, que ocorre quando o sistema penal deixa de incidir ainda que a conduta, do ponto de vista técnico-jurídico, mantenha seu caráter de ilícito penal⁶⁹⁷. Essa situação pode decorrer de variados fatores, tais como

⁶⁹² RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas, p. 142.

⁶⁹³ CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 81.

⁶⁹⁴ AMBOS, Kai. Razones del fracaso del combate internacional a las drogas y alternativas, p. 44.

⁶⁹⁵ CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**, 81. Em conceito bastante amplo, que visa abarcar as diversas espécies de descriminalização, Carvalho a define como “os processos formais e informais pelos quais os autores de condutas criminalizáveis não sofrem efeitos reativos, institucionais ou sociais (etiquetamento ou estigmatização), derivados da ausência de postulados formais (legalidade, iniciativa da ação e sentença condenatória) ou de interesses (da vítima, do corpo social ou das instituições repressivas) para sua concreção”. (CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 229).

⁶⁹⁶ HULSMAN, L. H. C. Descriminalização. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 9/10, p. 7-26, jan./jun. 1973. p. 7.

⁶⁹⁷ CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**, 83.

a não comunicação do fato criminoso às autoridades, a atuação seletiva das agências de criminalização secundária, a tolerância ou aceitação de comportamentos antes considerados danosos, etc.

Um exemplo bastante interessante de descriminalização de fato em matéria de drogas diz respeito à experiência holandesa. Neste país, segundo informações disponíveis no site do Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência, a venda de pequenas quantidades de *cannabis* nos chamados *coffee shops* consiste, da perspectiva técnico-jurídica, numa conduta criminosa. A prática, contudo, é tolerada como forma de evitar o contato da população com outras drogas consideradas mais danosas, instituindo-se o procedimento criminal apenas se os referidos cafés descumprirem certas condições, tais como a proibição da venda de bebidas alcoólicas e de drogas consideradas “pesadas”, a vedação da entrada no local e da venda de quaisquer drogas a menores de 18 anos, a limitação de aquisição da quantidade máxima de 5 gramas por pessoa, etc⁶⁹⁸.

De acordo com Carvalho, a descriminalização legislativa consiste na maneira mais adequada de excluir certos comportamentos da esfera penal e compreende a descriminalização legislativa em sentido estrito, em que ocorre a ab-rogação da lei ou do tipo penal, e a descriminalização parcial, substitutiva ou setorial, que envolve tanto a substituição da pena por sanções de outra natureza – a conduta continua sendo juridicamente ilícita, mas é sancionada por outro ramo do direito – quanto a modificação de critérios sancionatórios em benefício do réu, tais como alterações nos critérios de tipicidade dos crimes, previsão de novas hipóteses de extinção da punibilidade, etc⁶⁹⁹.

Especificamente no que tange às drogas consideradas ilícitas, os posicionamentos em favor da descriminalização das condutas de uso e posse de drogas para consumo pessoal geralmente se baseiam não apenas nos custos sociais causados pela política criminal proibicionista, mas também numa forte argumentação principiológica fundada na ausência de lesividade da conduta proibida a bens jurídicos alheios, na dignidade da pessoa humana, na liberdade, igualdade e na inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

⁶⁹⁸ OBSERVATÓRIO EUROPEU DA DROGA E DA TOXICDEPENDÊNCIA. **Country Profile – The Netherlands.** Disponível em: <
<http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html?pluginMethod=eldd.countryprofiles&country=NL>>. Último acesso em: 12/01/2014.

⁶⁹⁹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 194-195.

Diversos países, tais como Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Bélgica⁷⁰⁰, dentre outros, têm adotado políticas de descriminalização do uso e da posse não problemáticos e/ou de pequenas quantidades de drogas - seja de algumas delas, especialmente a maconha, seja de todas - muitas vezes associando-as a estratégias de redução de danos e a programas de saúde pública voltados ao tratamento da dependência.

Em Portugal, por exemplo, cujo modelo inovador de controle de drogas consiste numa importante referência para aqueles que defendem a adoção de políticas alternativas ao proibicionismo, a Lei n.º 30/2000, que entrou em vigor em 2001, descriminalizou o consumo, a aquisição e a detenção para uso pessoal de pequenas quantidades de todas as drogas ilícitas – correspondente, segundo o artigo 2º da referida lei, ao consumo médio individual para um período de 10 dias. Apesar da exclusão de tais condutas da esfera criminal, estas não perderam seu caráter ilícito, sendo consideradas “contra-ordenação” e submetidas a um procedimento específico perante a Comissão de Dissuasão da Toxicodependência⁷⁰¹.

Embora a descriminalização do consumo e do porte de drogas para uso pessoal pareça consistir numa abordagem alternativa que pode trazer benefícios aos usuários na medida em que impede a incidência da justiça penal e facilita o acesso ao sistema terapêutico-assistencial, tal estratégia geralmente está associada à manutenção ou ao recrudescimento do rigor penal em relação ao tráfico.

Dessa forma, apesar de haver certa tolerância com o consumo de drogas (variável conforme a política de descriminalização concretamente adotada em cada localidade), a produção e a distribuição permanecem criminalizadas e intensamente reprimidas, o que por si só já é apontado por certos doutrinadores como no mínimo ilógico ou contraditório⁷⁰². Para além disso, a manutenção do mercado de drogas na ilegalidade acarreta a permanência de seus efeitos sociais negativos, tais como as

⁷⁰⁰ MIRON, Jeffrey A. **Drug War Crimes**, capítulo 6, página 5, nota 3.

⁷⁰¹ OBSERVATÓRIO EUROPEU DA DROGA E DA TOXICODEPENDÊNCIA. **Country Profile – Portugal**. Disponível em: <http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html?pluginMethod=eldd.countryprofiles&country=PT>>. Último acesso em: 12/01/2014; PORTUGAL. Lei n.º 30/2000. **Diário da República – I Série – A**, 29 de novembro de 2000. Disponível em: http://www.idt.pt/PT/Legislacao/Legislao%20Ficheiros/Descriminaliza%C3%A7%C3%A3o_do_consumo_de_drogas_-_Lei_30-2000/lei_30_2000.pdf>. Último acesso em: 12/01/2014.

⁷⁰² MIRON, Jeffrey A. **Drug War Crimes**, capítulo 6, p. 6.

elevadas taxas de violência e corrupção relacionadas ao tráfico ilícito, a inexistência de controle de qualidade sobre as substâncias comercializadas, etc⁷⁰³.

Diante disso, parece que a mera descriminalização das condutas relacionadas ao usuário não provocaria, no Brasil, quaisquer alterações na política criminal de guerra contra o tráfico de drogas e no tratamento jurídico de inimigo voltado aos traficantes. Pelo contrário, poderia contribuir para acentuar a seletividade penal, pois segundo Batista:

Os projetos de descriminalização do usuário deixam ainda mais expostos à demonização e criminalização as principais vítimas dos efeitos perversos da exclusão globalizada: a juventude pobre de nossas cidades recrutada pelo mercado ilegal e pela falta de oportunidades imposta pelo atual modelo econômico a que estamos submetidos.⁷⁰⁴

Diversamente das espécies de descriminalização, que promovem o afastamento da incidência do sistema de justiça criminal sobre determinados comportamentos, os processos de diversificação e despenalização⁷⁰⁵ buscam oferecer respostas estatais alternativas ao encarceramento, de forma a reduzir os danos causados pela aplicação da pena privativa de liberdade. Assim, apesar de mantida a ilicitude penal da conduta, evita-se a imposição da pena prisional, por meio de mecanismos que incluem desde a aplicação de penas alternativas, como as penas restritivas de direito e de multa, até institutos processuais como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo⁷⁰⁶.

Ressalte-se que tais mecanismos são bastante criticados pela criminologia crítica, na medida em que não representariam verdadeiras alternativas ao encarceramento, mas sim meios de estender a rede de controle social formal sobre a população, relegitimando o sistema punitivo⁷⁰⁷ e minimizando, em nome de

⁷⁰³ MIRON, Jeffrey A. **Drug War Crimes**, capítulo 6, p. 5-6.

⁷⁰⁴ BATISTA, Vera Malaguti. O tribunal de drogas e o tigre de papel. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 4, ano 1, p. 108-113, 2001. p. 112.

⁷⁰⁵ De acordo com Zaffaroni e Pierangeli, enquanto “a *despenalização* é o ato de ‘degradar’ a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade”, a “*diversificação* é a possibilidade legal de que o processo penal seja suspenso em certo momento e a solução ao conflito alcançada de forma não punitiva”. (**Manual de Direito Penal Brasileiro**, p. 324).

⁷⁰⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 213-220.

⁷⁰⁷ Nesse sentido, afirma Cirino dos Santos que: “(...) os substitutivos penais não enfraquecem a prisão, mas a revigoram; não diminuem sua necessidade, mas a reforçam; não anulam sua legitimidade, mas a ratificam: são instituições tentaculares cuja eficácia depende da existência revigorada da prisão, o centro nevrálgico que estende o poder de controle sobre as massas miserabilizadas do capitalismo neoliberal contemporâneo, com possibilidades de novos reencarceramentos se a expectativa comportamental em relação aos controlados não confirmar o

alternativas paliativas, a força do discurso crítico defensor de reformas mais substanciais⁷⁰⁸.

O fenômeno da despenalização pode ser exemplificado, no Brasil, pelo artigo 28 da Lei n.º 11.343/06, referente ao porte de drogas para consumo pessoal. Tal dispositivo legal, embora mantenha a criminalização das condutas relacionadas ao uso de substâncias psicoativas ilícitas, exclui a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, prevendo como sanções penais a advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e o comparecimento a programa ou curso educativo.

A previsão de penalidades alternativas ao usuário de substâncias psicoativas baseia-se principalmente nas críticas relativas ao fracasso da prisão e na necessidade de tratar o consumidor de drogas de forma mais humanitária, justificando-se ainda a partir de argumentos econômicos, como o elevado custo de manutenção do encarceramento⁷⁰⁹.

No entanto, a despenalização dos usuários, apesar de evitar a imposição da pena privativa de liberdade, com todas as suas consequências negativas, não impede a estigmatização e a marginalização dos consumidores de drogas nem altera as dificuldades de acesso à assistência e ao tratamento eventualmente necessários, vez que mantém a incidência do sistema de justiça criminal. Ademais, ao concentrar-se unicamente sobre o porte e o consumo de drogas, mantendo ou intensificando a repressão penal sobre o tráfico ilícito, a despenalização pouco interfere nos graves custos sociais causados pela criminalização das drogas⁷¹⁰.

Por sua vez, as propostas de legalização das drogas se opõem diretamente ao modelo proibicionista, pois visam excluir da esfera de controle penal todo o circuito das drogas atualmente consideradas ilícitas, da produção ao consumo, instituindo regulamentações legais para essas atividades⁷¹¹. De acordo com a concepção de Ambos, a legalização diz respeito à própria substância e significa a legalidade de seu comércio⁷¹².

prognóstico dos controladores do sistema penal". (sem os grifos do original) (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 605).

⁷⁰⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 221-222.

⁷⁰⁹ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**, p. 83.

⁷¹⁰ *Ibidem*, p. 85-86.

⁷¹¹ RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas, p. 144.

⁷¹² AMBOS, Kai. Razones del fracaso del combate internacional a las drogas y alternativas, p. 44.

A legalização das drogas, segundo Rodrigues, abarca duas modalidades distintas: a legalização estatizante, em que o Estado teria completo controle sobre o mercado de drogas, desde o cultivo ou síntese das substâncias até sua comercialização, e a legalização liberal, em que o Estado apenas estabeleceria determinadas regulamentações, tais como a imposição de restrições legais à publicidade, num mercado livre composto por produtores e negociantes privados de substâncias psicoativas⁷¹³.

Ressalte-se que tal modelo alternativo de controle sobre as substâncias psicoativas não se confunde com projetos que propõem a liberação total das drogas, os quais defendem a abolição de quaisquer leis que proíbam ou restrinjam o consumo a determinadas circunstâncias, refutando toda e qualquer espécie de controle legal⁷¹⁴.

Diferentemente, a legalização permite instituir formas de controle e regulações racionais da produção, distribuição e consumo das substâncias psicoativas, buscando conciliar, da melhor maneira possível, o respeito à dignidade e aos direitos individuais com a proteção da saúde pública. Assim, ao mesmo tempo em que se reconhece a liberdade do indivíduo na escolha pelo uso de drogas, objetiva-se, por meio de tais regulamentações, prevenir e minimizar os riscos e danos decorrentes de seu consumo, tanto em relação ao próprio indivíduo quanto à sociedade.

Conforme afirma Baratta, a exclusão do controle penal sobre a produção, a distribuição e o uso de drogas não significa que o Estado e a sociedade não possam estabelecer outras formas de controle sobre tais substâncias. Em seu entendimento, a descriminalização da produção e da distribuição acarretaria a necessidade de criar um sistema normativo administrativo e fiscal de controle sobre tais atividades, fundado em sanções adequadas e racionais, bem como de estabelecer novas relações políticas internacionais⁷¹⁵.

Ademais, o afastamento do sistema de justiça criminal, que tem se mostrado ineficaz para reduzir ou erradicar o consumo e o tráfico de drogas, além de produzir inúmeras consequências negativas, abre espaço para a ampliação da atuação dos sistemas informativo-educativo e terapêutico-assistencial, considerados, ainda

⁷¹³ RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas, p. 144.

⁷¹⁴ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico**: uma guerra na guerra, p. 112-113.

⁷¹⁵ BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 41.

segundo Baratta, mais apropriados para lidar com a questão das substâncias psicoativas⁷¹⁶.

De acordo com Karam, a regulação, controle e fiscalização das substâncias legalizadas deveria se basear nas restrições legais relativas à produção, distribuição e consumo de bens e produtos que, embora considerados lícitos, podem envolver riscos à saúde pública, tais como medicamentos, bebidas alcoólicas, cigarros, dentre outros⁷¹⁷.

Assim, poderiam ser instituídas, a título exemplificativo, as seguintes limitações⁷¹⁸: normas relativas a controle de qualidade; imposição de tributos; vedação à formação de monopólios; restrições à publicidade e à comercialização em estabelecimentos de ensino e de saúde; restrição do consumo a determinados locais; vedação da realização de certas atividades específicas sob efeito de droga, tais como dirigir; proibição de venda a menores de idade; necessidade de indicação, nas embalagens, dos eventuais riscos e danos à saúde; etc.⁷¹⁹

Destaque-se que tais regulamentações podem ser bastante diversificadas, variando de acordo com o tipo de droga, especialmente diante de seus distintos efeitos primários, e das tradições e hábitos dos diferentes grupos de consumidores. Diante disso, defende Karam que a instituição de formas locais de controle social formal e informal consiste na melhor alternativa de regulação⁷²⁰.

Desta forma, percebe-se que, diferente do modelo proibicionista militarizado, que impõe a solução universalista de guerra contra todas as drogas ilícitas, apartadas das lícitas a partir de uma distinção artificial, a legalização consiste num modelo mais flexível, adaptável em suas regulamentações às peculiaridades do contexto social, econômico, político e cultural da localidade em que implementado.

Paralelamente à legalização, parece essencial o investimento em sistemas de prevenção do uso prejudicial de drogas e de informação adequada acerca dos riscos e danos decorrentes do consumo de cada uma das substâncias, além da ampliação

⁷¹⁶ BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 41.

⁷¹⁷ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 62.

⁷¹⁸ Alguns autores defendem que, mesmo num modelo de legalização, a transgressão a determinadas limitações deveria ser tipificada como crime, mantendo-se deste modo um direito penal mínimo na questão das drogas, sem que afetasse a legalidade da produção, distribuição e consumo. É o caso, por exemplo, de Ambos, que sustenta a criminalização de condutas relativas à comercialização das drogas sem consideração dos riscos para a saúde. (AMBOS, Kai. Razones del fracaso del combate internacional a las drogas y alternativas, p. 48).

⁷¹⁹ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 62-63; BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 41.

⁷²⁰ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 65.

do sistema terapêutico-assistencial, com a previsão de formas de assistência e tratamento humanizadas e fundadas na voluntariedade e na interação com os pacientes. Ademais, a legalização pode estar atrelada à implementação de estratégias de redução de danos.

As principais vantagens da legalização das drogas parecem estar na eliminação ou redução de inúmeros custos sociais causados pelo modelo proibicionista, tais como a estigmatização e marginalização dos usuários e sua dificuldade de acesso a serviços de saúde, os impactos negativos no sistema de justiça criminal e principalmente no sistema carcerário, as consequências econômicas da criminalização, etc.

Aliás, do ponto de vista econômico, a adoção deste modelo alternativo de controle sobre as drogas acarretaria não apenas o redirecionamento das elevadas quantias gastas na guerra às substâncias psicoativas até então consideradas ilegais, mas levaria a uma ampliação da arrecadação tributária e a um controle de qualidade das mercadorias comercializadas, além de reduzir a violência e a corrupção relativas ao mercado das drogas. Conforme explica Karam:

Decerto, a necessária legalização não acabará com toda a violência e a corrupção, nem com todas as outras condutas negativas ou indesejáveis, criminalizadas ou não. A legalização não é, nem pretende ser, uma panacéia para todos os males. A necessária legalização apenas porá fim aos riscos e aos danos criados pelo proibicionismo criminalizador, assim removendo um caldo de cultura de uma grande parcela de violência e corrupção – a violência e a corrupção provocadas pela ilegalidade imposta ao mercado das selecionadas substâncias psicoativas e matérias primas para sua produção tornadas ilícitas, a violência e a corrupção intensificadas pela nocividade de uma “guerra às drogas”, como nocivas são todas as guerras.⁷²¹

Ademais, a interferência no mercado causada pela legalização da produção e da distribuição das drogas, inclusive com a possibilidade de controle de preços, possivelmente reduziria substancialmente a lucratividade do comércio ilícito. Isso não significa que a legalização seria capaz de eliminar por completo a realização de negócios clandestinos, efetuados sem o atendimento às novas regulamentações impostas, mas apenas que provavelmente tornaria este mercado ilegal bem menos atrativo, o que levaria à redução de suas dimensões.

⁷²¹ KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 59.

Por outro lado, uma das principais críticas à legalização das drogas se refere ao possível incremento do consumo das substâncias psicoativas a serem legalizadas⁷²². Embora haja pesquisas indicando que a descriminalização do uso de drogas ou sua legalização não acarretam um acréscimo no consumo⁷²³, não parece ser possível apresentar quaisquer respostas seguras ou definitivas a essas e outras objeções similares.

Assim como ocorre em relação a quaisquer dos modelos mencionados, as reais consequências da legalização das drogas em cada localidade apenas podem ser aferidas com a experimentação prática de tais projetos. Nesse sentido, deve-se mencionar a corajosa iniciativa do Uruguai e dos estados norte-americanos de Washington e Colorado, que recentemente legalizaram a produção, a distribuição e o consumo da maconha em seus territórios.

Ressalte-se que a apresentação de diversos modelos diferenciados de controle sobre as drogas, sem qualquer pretensão de esgotá-los, ainda mais diante da ampla variedade de projetos existentes, não teve como objetivo estabelecer um determinado modelo “ideal” para o Brasil, mesmo porque isso exigiria um estudo aprofundado das circunstâncias sociais, econômicas, culturais, etc., que envolvem o uso e o tráfico de drogas no país, mas apenas demonstrar que existem alternativas para lidar com a questão das drogas, possivelmente muito mais benéficas que a atual e extremamente danosa política criminal bélica.

Diante dos riscos à manutenção do Estado Democrático de Direito e dos inúmeros custos sociais decorrentes do proibicionismo e do tratamento jurídico dos traficantes como inimigos, mostra-se imprescindível e urgente repensar a atual política criminal de drogas brasileira, refletindo acerca da adoção de políticas alternativas condizentes com o contexto social, cultural, político e econômico do país. Não basta, portanto, importar modelos estrangeiros; é preciso criar projetos de controle sobre as drogas baseados na dignidade humana, que respeitem os direitos e garantias fundamentais e que sejam compatíveis com as especificidades que envolvem o tema das substâncias psicoativas na sociedade brasileira.

⁷²² AMBOS, Kai. Razones del fracaso del combate internacional a las drogas y alternativas, p. 47.

⁷²³ Nesse sentido, a título exemplificativo, afirma Karam que “(...) pesquisa realizada pelo Zogby, nos EUA, em dezembro de 2007, registrou 99% de respostas negativas à indagação sobre se, uma vez legalizadas drogas como cocaína ou heroína, os entrevistados passariam a consumi-las, assim se projetando um consumo de tais substâncias em proporções semelhantes às já ocorrentes”. (KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**, p. 61).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, verifica-se que os sujeitos imputados pela prática do crime de tráfico de drogas no Brasil encontram-se submetidos a um tratamento jurídico bastante diferenciado, cujas características tornam possível identificá-lo, conforme se buscou demonstrar ao longo do trabalho, como expressão de direito penal do inimigo.

Especificamente em relação ao direito penal do inimigo, pôde-se constatar que este não se restringe à teoria de Jakobs, que propôs reconhecê-lo formalmente com o intuito de salvaguardar os princípios e garantias do direito penal liberal de sua indevida intromissão. Ao contrário, a noção de inimigo, além de ter sido utilizada pelo poder punitivo em diversos momentos históricos como fundamento para a aplicação de um tratamento diferenciado a determinados indivíduos (enquadrados nas mais diversas categorias – estranhos, diferentes, hostis, perigosos, dissidentes, etc.), muitas vezes legitimado pela doutrina jurídico-penal, encontra-se presente na atual política criminal e no direito penal de diversos países. Conclui-se, com isso, que o não reconhecimento formal de um direito penal do inimigo não impede sua existência material nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Aliás, a lógica do inimigo parece inclusive estar se ampliando no direito penal, vez que, com base em discursos punitivistas que defendem a proteção da sociedade mediante o combate à criminalidade a todo custo, inclusive com o sacrifício de direitos e garantias fundamentais, editam-se continuamente normas penais de emergência voltadas à neutralização da pretensa periculosidade de indivíduos considerados ameaçadores à ordem social.

No que tange ao tráfico de drogas, buscou-se demonstrar que a identificação, em termos discursivos, das substâncias psicoativas consideradas ilícitas como um “mal universal” e dos traficantes como inimigos da sociedade, justificadora da adoção de medidas excepcionais para lidar com a questão – incluindo o tratamento jurídico de inimigo aos traficantes -, decorreu de construções discursivas histórico-sociais condicionadas pelos mais diversos fatores, seja de ordem política, moral, econômica, cultural, etc.

Verificou-se ainda que o Brasil, em consonância com as diretrizes emanadas das convenções das Nações Unidas em matéria de drogas, adota uma política

criminal de guerra contra o tráfico, sustentada por discursos autoritários que, identificando os traficantes como inimigos, legitimam a previsão de um regramento jurídico (penal, processual penal e penitenciário) bastante repressivo voltado a estes indivíduos, além de contribuírem para a manutenção de um modelo militarizado de gestão da segurança pública.

O extremo rigor do tratamento jurídico dirigido aos traficantes de drogas – especialmente sob o viés legislativo - marcado pela antecipação da punição para alcançar atos meramente preparatórios, pela cominação de penas extremamente elevadas e pela redução ou supressão de direitos e garantias constitucionais, penais e processuais penais, permite percebê-lo como um instrumento de luta contra os seus destinatários, que visa, mais do que puni-los pelos crimes concretamente praticados, neutralizar sua suposta periculosidade, aferida da categoria de “traficante” abstratamente considerada. Trata-se, deste modo, de um direito penal do inimigo, ainda que os traficantes de drogas não sejam expressamente designados como tais – ao menos do ponto de vista jurídico.

Ressaltou-se ainda que os indivíduos concretamente selecionados pelas agências executivas do sistema penal na repressão ao tráfico correspondem, em sua ampla maioria, a pequenos traficantes pertencentes a estratos sociais excluídos, integrantes dos setores menos significativos do comércio ilegal. Diante disso, diversos autores afirmam que a política criminal brasileira de drogas mostra-se bastante funcional para legitimar a manutenção e o recrudescimento do controle social penal sobre as classes sociais marginalizadas.

Constatou-se também que o modelo proibicionista de combate às drogas, apesar do contínuo recrudescimento repressivo, mostra-se pouco eficaz no alcance de suas finalidades declaradas de erradicação da oferta e da demanda por substâncias psicoativas consideradas ilegais, além de ocasionar inúmeros custos sociais, potencializados diante do contexto bélico de repressão. Ademais, a adoção de um tratamento jurídico de inimigo destinado aos traficantes de drogas acarreta graves conseqüências, representando uma ameaça à própria manutenção do Estado Democrático de Direito.

Diante disso, considerando os diversos riscos e danos causados pela atual política criminal bélica no Brasil, a partir da apresentação de traços gerais de alguns modelos diferenciados de controle sobre as drogas, defendeu-se a urgente reflexão a respeito de formas alternativas de lidar com a questão das substâncias

psicoativas, compatíveis não apenas com os direitos e garantias assegurados constitucionalmente, mas também com o contexto social, cultural, político e econômico do país, especialmente com as particularidades que envolvem o uso e o tráfico de drogas na sociedade brasileira.

No entanto, para que seja possível superar o atual paradigma bélico de controle das drogas, mostra-se fundamental estabelecer novos discursos - como se buscou realizar no presente trabalho -, vez que a hegemonia dos discursos autoritários que demonizam as substâncias psicoativas ilícitas e que identificam os traficantes como inimigos, propondo uma “guerra santa” contra as drogas e seus negociantes, restringem a discussão ao âmbito penal, especialmente às demandas por aumento de penas e pela supressão de garantias penais e processuais penais.

Nesse sentido, parece essencial construir discursos críticos que se contraponham aos discursos oficiais; que apontem a artificialidade da distinção entre drogas lícitas e ilícitas; que apresentem o consumo de drogas como um fato permanente na história da humanidade; que compreendam o “problema das drogas” como uma realidade histórica e socialmente construída, envolta pelos mais diversos discursos ideológicos; que indiquem a existência de inúmeros interesses por detrás da manutenção da política proibicionista, sejam de ordem moral, política, econômica, etc.; que ultrapassem os preconceitos morais e se fundem em valores diversos, como a tolerância, o respeito à diversidade e a solidariedade; que exponham a seletividade da atuação das agências do sistema penal; que demonstrem a pouca eficácia da política criminal de guerra ao tráfico de drogas no que tange aos seus objetivos declarados e destaquem as suas trágicas consequências sociais; que refutem a idolatria e a crença no direito penal como meio capaz de resolver todos os problemas sociais; enfim, que alertem para o fato de que o direito penal não pode servir de máquina de guerra contra os supostos inimigos da sociedade, sob pena de conduzir à destruição do próprio Estado Democrático de Direito.

Com a construção desses novos discursos e sua disseminação social talvez seja possível combater os velhos - mas sempre renovados - discursos autoritários e promover “rasgos” na cultura proibicionista dominante na sociedade brasileira no que diz respeito às drogas, permitindo a superação da política criminal de guerra contra o tráfico e do tratamento de inimigo voltado aos traficantes e legitimando a adoção de políticas alternativas de controle sobre as substâncias psicoativas.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 53, de 19.12.2006). São Paulo: Malheiros, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: Homo Sacer II. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **O poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. 1. reimp. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

AMBOS, Kai. Razones del fracaso del combate internacional a las drogas y alternativas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 41, ano 11, p. 9-43, jan./mar. 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. (Orgs.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 253-270.

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Gunther Jakobs y los avatares de um derecho penal de la enemistad. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 51, ano 12, p. 9-43, nov./dez. 2004.

APONTE, Alejandro. Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, ano 15, p. 11-28, jan./fev. 2007.

ARGUELLO, Katie. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, n. 5, ano 2, p. 3581-3606, 2013. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/modo1_cat.php?sid=52&ssid=116&cid=20>. Último acesso em: 24/09/2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga. In: MESQUITA, Fábio; BASTOS, Francisco Inácio. (Orgs.). **Drogas e Aids**: Estratégias de redução de danos. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 21-43.

BATISTA, Nilo. A violência do estado e os aparelhos policiais. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 145-154, 1997.

BATISTA, Nilo. Ainda há tempo de salvar as Forças Armadas da cilada da militarização da segurança pública. In: BATISTA, Vera Malaguti (Coord.). **Paz Armada**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 47-54.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 20, ano 5, p. 129-146, out./dez. 1997.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. O Alemão é muito mais complexo. In: _____. (Coord.). **Paz Armada**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 55-102.

BATISTA, Vera Malaguti. O tribunal de drogas e o tigre de papel. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 4, ano 1, p. 108-113, 2001.

BOITEUX, Luciana *et. al.* **Tráfico de drogas e Constituição**: Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais. Relatório Final do Projeto de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/PNUD, no Projeto "Pensando o Direito", Referência PRODOC BRA/08/001. Rio de Janeiro, Brasília: 2009. 221 p. Disponível em: <<http://www.bancodeinjusticas.org.br/wp-content/uploads/2011/11/Minist%C3%A9rio-da-Justi%C3%A7a-UFRJ-e-UnB-Tr%C3%A1fico-de-Drogas-e-Constitui%C3%A7%C3%A3o1.pdf>>. Último acesso em: 09/12/2012.

BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. Direito penal do inimigo e a guerra contra o tráfico de drogas no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 57, p. 221-243, 2013. Disponível em:

<<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/34565/21425>>. Último acesso em: 15/01/2014.

BRASIL. **Manual de redução de danos**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

BRASIL. **Glossário de álcool e drogas**. 2. ed. Brasília: Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2010. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/crackepossivelvencer/publicacoes/material-informativo/serie-por-dentro-do-assunto/glossario.pdf>>. Acesso em: 18/09/2013.

BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 62, ano 14, p. 107-133, set./out. 2006.

BUSATO, Paulo César. O outro como inimigo: um discurso punitivo da exclusão. In: MUÑOZ CONDE, Francisco; _____. **Crítica ao Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 155-230.

BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 66, ano 15, p. 315-371, maio/jun. 2007.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 14, ano 4, p. 137-145, 2004.

CARMONA RUANO, Miguel. El impacto jurídico del 11 de septiembre. **Jueces para la Democracia**, Madri, n. 45, p. 81-91, nov.2002.

CARNEIRO, Henrique. Transformações do significado da palavra “droga”: das especiarias coloniais ao proibicionismo contemporâneo. In: VENÂNCIO, Renato Pinto; _____. (Orgs.). **Álcool e drogas na história do Brasil**. São Paulo: PUCMinas, 2005. p. 11-27.

CARVALHO, Salo de. A Ferida Narcísica do Direito Penal: primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea. In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). **A Qualidade do Tempo: Para Além das Aparências Históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 179-211.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. In: CARVALHO, Salo de. (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.792, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 269-281.

CARVALHO, Salo de. Observações Sobre as (Dis)Funções do Controle Penal na Sociedade Contemporânea. In: MENEGAT, Marildo; NERI, Regina. (Orgs). **Criminologia e Subjetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 31-40.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**: A caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 42, ano 11, p. 214-224, jan./mar. 2003.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2 ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. In: COUTINHO, Aldacy *et. al.* (Orgs.). **Liber amicorum**: homenagem ao prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 541-555.

COMISSÃO GLOBAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS. **Guerra às Drogas**: Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas. jun. 2011. Disponível em: <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/themes/gcdp_v1/pdf/Global_Commission_Report_Portuguese.pdf>. Último acesso em: 05/01/2014.

CRUZ, Marcelo Lebre. **A inconstitucionalidade da medida de segurança face à periculosidade criminal**. 213 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito pelo Programa de Mestrado das Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil), em 14 de agosto de 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei n.º 12.850/2013**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia elemental de las drogas**. 5. ed. Barcelona: Anagrama, 2011.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME (UNODC). **Relatório Mundial sobre Drogas 2013: Referências ao Brasil**. 2013. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_drugs/WDR/2013/PT-Referencias_BRA_Portugues.pdf>. Último acesso em: 05/01/2014.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME (UNODC). **Relatório Mundial sobre Drogas 2013: Sumário Executivo**. 2013. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_drugs/WDR/2013/Sumario_Executivo_Portugues_FINAL.pdf>. Último acesso em: 05/01/2014.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. (Coord.). **Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 56, ano 13, p. 80-112, set./out. 2005.

GRECO, Luís. Tipos de autor e Lei de Tóxicos ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 43, ano 11, p. 226-238, abr./jun. 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 5, ano 2, p. 55-69, jan./mar. 1994.

HULSMAN, L. H. C. Descriminalização. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 9/10, p. 7-26, jan./jun. 1973.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**: arts. 250 a 361. v. IX. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959

INFOPEN. Brasília. Disponível em:
<<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Último acesso em: 21/12/2013.

JAKOBS, Gunther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: _____; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Gunther. La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente. **Estudios de Derecho Judicial**, Galicia, n. 20, p. 121-145, 1999.

JESUS, Maria Gorete Marques de. (Coord.). **Prisão Provisória e Lei de Drogas**: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. Sumário Executivo. Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. 38 p. Disponível em:
<<http://www.nevusp.org/downloads/down254b.pdf>>. Último acesso em: 19/12/2013.

KARAM, Maria Lúcia. A Lei n.º 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 167, out. 2006. Não paginado. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3312-A-Lei-n%C2%BA-11.343-06-e-os-repetidos-danos-do-proibicionismo>. Último acesso em: 02/12/2013.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas**: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais. Texto elaborado para curso de extensão promovido pelo Núcleo de Estudos Drogas/Aids e Direitos Humanos do Laboratório de Políticas Públicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, abr. 2010. Não paginado.

Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Último acesso em: 02/12/2013.

KARAM, Maria Lúcia. Drogas e redução de danos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, ano 15, p. 128-144, jan./fev. 2007.

KARAM, Maria Lúcia. “Guerra às drogas” e criminalização da pobreza. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio. (Coords.). **Estudos críticos sobre o sistema penal**. Curitiba: LedZe, 2012. p. 679-697.

KARAM, Maria Lúcia. Políticas de drogas: alternativas à repressão penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, ano 12, p. 360-374, mar./abr. 2004.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos**: as Drogas Tornadas Ilícitas. Escritos sobre a Liberdade. v. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. Segurança pública e processo de democratização. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, p. 169-178, 1998.

LEAL, João José. **Crimes Hediondos**: Aspectos Político-jurídicos da Lei n.º 8.072/90. São Paulo: Atlas, 1996.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Lei de Drogas anotada e interpretada. 8. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARLATT, G. Alan. Princípios Básicos e Estratégias de Redução de Danos. In: _____. **Redução de Danos**: Estratégias práticas para lidar com comportamentos de alto risco. Trad. Daniel Bueno. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 45-58.

MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo: ¿“derecho penal” del enemigo? In: STRECK, Lenio Luiz (Org.) *et. al.* **Direito Penal em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal do Inimigo?” In: JAKOBS, Gunther; _____. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MENNA BARRETO, João de Deus Lacerda. **Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos**. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

MIRON, Jeffrey A. **Drug War Crimes: The Consequences of Prohibition**. Oakland: The Independent Institute, 2004. E-book.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de. (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.792, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 283-292.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. O IBCCRIM e a inconstitucionalidade da proibição de progressão nos crimes hediondos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, Edição Especial, p. 6-7, ago. 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 83, ano 18, p. 93-119, mar./abr. 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De novo sobre o Direito penal do inimigo. In: _____. BUSATO, Paulo César. **Crítica ao Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1-41.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”**. 2. ed. ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo: Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo**. 4. ed. rev. e ampl. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. v. 1. 7. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OBSERVATÓRIO EUROPEU DA DROGA E DA TOXICODEPENDÊNCIA. **Country Profile – Portugal**. Disponível em: <

<http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html?pluginMethod=eldd.countryprofiles&country=PT>>. Último acesso em: 12/01/2014.

OBSERVATÓRIO EUROPEU DA DROGA E DA TOXICODEPENDÊNCIA. **Country Profile – The Netherlands.** Disponível em: <<http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html?pluginMethod=eldd.countryprofiles&country=NL>>. Último acesso em: 12/01/2014.

O'HARE, Pat. Redução de danos: alguns princípios e a ação prática. In: MESQUITA, Fábio; BASTOS, Francisco Inácio. (Orgs.). **Drogas e Aids**: estratégias de redução de danos. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 65-78.

OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. As políticas de redução de danos em matéria de drogas ilícitas como alternativa ao proibicionismo penal. Artigo apresentado no III Congresso Brasileiro de Sociologia do Direito – ABRASD, em 2012. No prelo.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. 1. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

OLMO, Rosa del. Las drogas y sus discursos. In: PIERANGELI, José Henrique. (Coord.). **Direito Criminal**. v. 5. Coleção Jus Aeternum. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 115-145.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convention on Psychotropic Substances**, 1971. p. 1-28. Disponível em: <http://www.unodc.org/pdf/convention_1971_en.pdf>. Último acesso em: 08/10/2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, as amended by the 1972 Protocol**. p. 1-44. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/convention_1961_en.pdf>. Último acesso em: 07/10/2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances**, 1988. p. 1-31. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf>. Último acesso em: 13/10/2013.

PAVARINI, Massimo. La giustizia penale ostile: un' introduzione. **Studi sulla questione criminale**, Bologna, n. 2, a. II, p. 7-20, 2007.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal**: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PORTUGAL. Lei n.º 30/2000. **Diário da República** – I Série – A, 29 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.idt.pt/PT/Legislacao/Legislao%20Ficheiros/Descriminaliza%C3%A7%C3%A3o_do_consumo_de_drogas_-_Lei_30-2000/lei_30_2000.pdf>. Último acesso em: 12/01/2014.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, ano 12, p. 31-45, mar./abr. 2004.

RAUPP, Mariana. O (in)visível tráfico de drogas: um estudo de sociologia das práticas jurídicas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 80, ano 17, p. 346-369, set./out. 2009.

REGHELIN, Elisangela Melo. **Redução de danos**: Prevenção ou Estímulo ao Uso Indevido de Drogas Injetáveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 273 f. Tese apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Direito, em 2006. Disponível em: <<http://www.comunidadessegura.org/files/controlepenalsobredrogasilicitas.pdf>>. Último acesso em: 14/11/2012.

RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas. In: PASSETTI, Edson. (Coord). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 131-151.

RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico: um esboço histórico. In: VENÂNCIO, Renato Pinto; CARNEIRO, Henrique. (Orgs.). **Álcool e drogas na história do Brasil**. São Paulo: PUCMinas, 2005. p. 291-310.

RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico**: uma guerra na guerra. São Paulo: Desatino, 2003.

RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e Mercados**: Ensaios em Anticriminologia. Trad. Davi Tangerino, Luciana Boiteux, Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Tradução de Alvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SERRA, Carlos Henrique Aguiar; ZACCONE, Orlando. Guerra é paz: os paradoxos da política de segurança de confronto humanitário. In: BATISTA, Vera Malaguti (Coord.). **Paz Armada**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 23-46.

SILVA, Luiza Lopes da. **A questão das drogas nas relações internacionais**: uma perspectiva brasileira. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/1028-Questao_das_Drogas_nas_Relacoes_Internacionais_A.pdf. Último acesso em: 02/10/2013.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de Drogas e Sistema Penal**: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WEINGARDT, Kenneth R.; MARLATT, G. Alan. Redução de Danos e Políticas Públicas. In: MARLATT, G. Alan. **Redução de Danos**: Estratégias práticas para lidar com comportamentos de alto risco. Trad. Daniel Bueno. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 245-265.

ZAFFARONI, E. Raúl. "Crime Organizado": uma categorização frustrada. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, n. 1, ano 1, p. 45-67, 1. semestre de 1996.

ZAFFARONI, E. Raúl. La legislación "anti-droga" latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 16-25, abr./maio/jun. 1990.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. v. 1. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.